Kauf von Gegenständen, die nicht Sache oder Recht sind
(Kauf ohne Rechtsverschaffungspflicht)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Gerhard Nicolai
aus Berlin

Marburg 1934

Gedruckt bei Knuppe & Baumgart, Berlin-Steglitz

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 31. Mai 1934.

Berichterstatter: Prof. Dr. Jung.

Meinen lieben Eltern gewidmet.

Inhalt.

Literatur.

1. Lehrbücher, Kommentare, Grundrisse.

Boehmer: Einführung in das bürgerl. Recht 1932.
Cosack: Lehrb. d. bürgerl. Rechts I, 7. Aufl. 1922.
Crome: System d. bürgerl. Rechts I 1900; II 1902.
Dernburg: Das bürgerl. Recht II, 2 1906.
„ Pandekten II, 1894.
Düringer-Hachenburg: Komm. z. HGB. I, 3. Aufl. 1930.
IV., 3. Aufl. 1932.
V 1, 3. Aufl. 1932.
Endemann: Lehrb. d. bürgerl. Rechts I, 1903.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Allg. T., 1931.
Enneccerus-Lehmann: Schuldr. 12. Bearb. 1932.
Gierke, J. v.: Handelsrecht u. Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. 1933.
Hedemann, J. W.: Schuldrecht des BGB. 2. Aufl. 1931.
Heilfron: Lehrb. d. bürgerl. Rechts II. Allg. Teil 1899.
Henle: Lehrb. d. bürgerl. Rechts I. Allg. Teil 1926.
Hölder: Komm. z. Allgemeinen Teil des BGB. 1900.
Jung, E.: Bürgerl. Recht, in: Das gesamte Deutsche Recht, herausg. von Stammler 1931.
Koenige: Handausgabe d. Handelsgesetzbuchs, 3. Aufl. 1932.
Kohler, J.: Lehrb. d. bürgerl. Rechts I. Allg. Teil 1906.
II. 1 Schuldr. 1906.
Kreß: Lehrb. d. Allg. Schuldrechts, 1929.
Lehmann, H.: Allg. Teil d. Bürgerl. Gesetzbuches, 4. Aufl. 1933.
Leonhard, Fr.: Bürgerl. Recht, Ein Lehrb. in kurz. Sätzen. 2. Aufl. 1926.
„ Allgemeines Schuldrecht (II, 1) 1929.
„ Besonderes Schuldrecht (II, 2) 1931.
Leonhard, Rud.: Allgemeiner Teil, 1900.
Matthiaß: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, 6. u. 7. Aufl. 1914.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. u. 3. Aufl. 1928.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch, 1931.
Oertmann: Komm. z. BGB. I. Allg. Teil, 3. Aufl. 1927.
„ Recht der Schuldverhältn. II, 1, 5. Aufl. 1928.
„ Recht der Schuldverhältn. II, 2, 5. Aufl. 1929.
Planck: Komm. z. BGB. I Allg. Teil 1913, 4. Aufl.
II Schuldr. 1928, 4. Aufl.

RGR. Komm. I. Allg. Teil u. Schuldv. I 1928.
II. Schuldv. Besond. Teil 1929.
Siber, H.: Grundriß d. dt. bürgerl. Rechts, 2 Schuldrecht 1931.
Soergel: Komm. z. Bürgerl. Gesetzbuch I 1929.
Staub's Komm. z. HGB. 14. Aufl. I. 1932.
III. 1933.
Staudinger's Komm. z. BGB. I. Allg. Teil 1925.
II, 1 Schuldr. 1930.
II, 2 Schuldr. 1928.
II, 3 Schuldr. 1929.
Titze: Bürgerl. Recht, Recht d. Schuldverhältn. 4. Aufl. 1932.
Tuhr, v.: Bürgerl. Recht. Allg. Teil, 2. Aufl. 1926.
Warneyer: Komm. z. BGB. I. 2. Aufl. 1930.
Windscheid-Kipp: Lehrb. d. Pandektenrechts I. 8. Aufl. 1900.
II. 9. Aufl. 1906.

2. Spezialschriften, Dissertationen.

Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht II, 1884.
Binder: Der Gegenstand. Ztschr. f. Hdlsr. 59, 1 ff. (Binder I).
„ Vermögensrecht u. Gegenstand. Arch. f. bürgerl. Recht, 34, 209 ff. (Binder II).
Blume, v.: Kritische Vierteljahrschrift 40, 32 ff.
Bondi, F.: „Kauf" im: HdwB. d. Rechts III, 1928.
Braun: Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung? Diss. Erlangen 1896.
Bürkle, Rud.: Die Nebenleistungspflichten beim Kauf. Köln. Diss. 1929.
Fromme: Entgeltliche Uebertragungen einer ärztl. Praxis. In: „Berliner Klinik" 1906, Heft 215.
Hopmann: Verzug der Uebernahme eines Geschäfts. JW. 1914, 341 ff.
Hueck: Unkörperliche Geschäftswerte. Diss. Münster 1912.
Isay: Recht am Unternehmen, 1910.
Knoke, P.: Gewährleistung und Mängelrüge (Mängelhaftung), im HdwB. d. Rechts II, 1927.
Kohlrausch: Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Ztschr. f. Strafrechtswiss. 20. 488 ff.
Kuchenbaecker: Die emtio spei. Diss. Erlangen 1906.
Lehmann, Alex.: Der Elektrizitäts-Lieferungsvertrag als gemischter Vertrag. Hallenser Diss. 1927.
Lobe: „Elektrizitäts-Lieferungsvertrag", im HdwB. d. Rechts II, 1927.
Lotmar: Arbeitsvertrag I. 1902.

Marcus: Recht 1910, 561 ff.

Neuner: Arch. f. ziv. Praxis, 137, 110 zu Streißler.

Oertmann: Kaufgeschäft. Ehrenb. Hdb. IV, 2 1918.

Oppikofer: Das Unternehmensrecht, 1927.

Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.
„ Ehrenbergs Handb. II, 1 221 ff.

Sohm: Der Gegenstand, in der Festgabe für Hr. Degenkolb. 1905. (Sohm I).
„ Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. bürgerl. Recht, 28, 173 ff. (Sohm II).
„ Noch einmal der Gegenstand. Jher. Jhrb. 53, 373 ff. (Sohm III).

Schnitzler: Die Energien im Rechtsverkehr. Köln. Diss. 1927.

Streißler, A.: Das Recht des Ungreifbaren. Berlin 1932.

Wiesmann: Grenzfälle zwisch. den §§ 434, 437 ff. u. 459 ff. BGB. Marburger Diss. 1932.

3. Entscheidungen.

RGZ. 17, 269; 37, 176; 52, 1; 56, 408; 57, 40; 60, 317; 62, 135; 63, 57 = JW. 1906, 305 Nr. 11;
66, 139 = JW. 1907, 473 = Recht 1907 Nr. 3256;
66, 152; 67, 86 = JW. 1908, 8 Nr. 8;
67, 229; 67, 383; 68, 49; 69, 283; 69, 429 = JW. 1909, 15 Nr. 9;
70, 20; 70, 220; 70, 226; 70, 339; 75, 120; 75, 225; 75, 404; 77, 344; 78, 366; 82, 155; 86, 13; 86, 146; 88, 167; 95, 36; 98, 289; 99, 96; 100, 200; 102, 127; 107, 172; 110, 422; 115, 172; 117, 176; 133, 113; 138, 354 = JW. 1933, 905 Nr. 7;
142, 212 = JW. 1934, 475 Nr. 3;
142, 341.

RGSt. 29, 111; 32, 165; 45, 230.

RGZ. v. 13. 1. 14, V.; v. 13. 5. 14, V. 39/14; v. 17. 3. 22, III, 446/21, alle zit. in: RGR. Komm. § 459, 4, I b.

RGZ. JW. 1905, 389 Nr. 7; JW. 1907, 136 Nr. 17 = Gruch. 52, 975;
JW. 1912, 288 Nr. 8; JW. 1914, 674 Nr. 2 = Warn. E. 1914, 304 = Recht 1914 Nr. 1674;
JW. 1915, 1117 Nr. 2 = LZ. 1916, 804 Nr. 12;
JW. 1916, 252 Nr. 1; JW. 1924, II, 1360 Nr. 6 = Recht 1924 Nr. [811;
JW. 1928, 356 Nr. 20; JW. 1928, II, 1392;
JW. 1929, 641; JW. 1930, 1924 Nr. 1; JW. 1930, III, 3216 Nr. 9;
JW. 1934, 1641 Nr. 1.

RGZ. Warn. E. 1909, 5; Warn. E. 1909, 547; Warn. E. 1911, 441 Nr. 396; Warn. E. 1912, 275 Nr. 240; Warn. E. 1914, 406 Nr. 283.

RGZ. Gruch. 51, 901 Nr. 59; Gruch. 58, 655 = Recht 1913 Nr. 3227.
RGZ. Recht 1907 Nr. 2248.
RGZ. Seuff. Arch. 59, 10.
RGZ. Seuff. Bl. 74, 27.
RGZ. DJZ. 1908, 425.
RGZ. Bolze 5 Nr. 608; 16 Nr. 379.
KG. LZ. 1908, 82 Nr. 1.
Bayer. Ob. LG. Seuff. Bl. 75, 428.
OLG. 5, 107; 6, 33; 6, 118; 12, 51; 12, 255; 20, 167; 22, 223; 26, 65; 28, 106; 28, 112; 38, 80.
Recht 1908 Nr. 1488; Recht 1910 Nr. 2154; Recht 1914 Nr. 21; Recht 1918 Nr. 573; Seuff. Arch. 64, 385 Nr. 181;
Sächs. Arch. f. Rpfl. 1, 136.

Einleitende Bemerkungen.

Das Gesetz regelt im einzelnen nur den Kauf von Sachen und Rechten. Im folgenden soll eine Uebersicht darüber gegeben werden, welche Gegenstände sich außerdem für den Tauschverkehr eignen und inwieweit eine analoge Anwendung der gesetzlichen Kaufregeln auf Umsatzverträge derartiger Gegenstände angebracht ist. Es werden die mancherlei Abweichungen von den Regeln des Sach- und Rechtskaufs darzustellen sein, die die Eigenart solcher Gegenstände mit sich bringt. Dabei ist auf verschiedene Gebiete einzugehen, die schon Gegenstand zahlreicher Darstellungen waren. Die Ergebnisse dieser ausführlichen Bearbeitungen werden zuweilen im Laufe unserer Darstellung zu Grunde gelegt, wenn der Weg zu ihnen, ihre Begründung, als richtig erkannt worden ist; auf diese Begründung wird dann der Kürze halber verwiesen. — In der vorliegenden Uebersicht ist es auch nicht Aufgabe, in den großen Spezialgebieten die vielen auftauchenden Streitfragen im einzelnen zu behandeln, sondern es kann nur da, wo der Zusammenhang der Darstellung das ergibt, auf die grundsätzlich zustimmende oder ablehnende Haltung der Spezialschriften zu den hier vertretenen Ansichten hingewiesen werden.

I. Die für den Verkauf in Betracht kommenden Gegenstände.

§ 1. A) Terminologisches zu „Gegenstand".

I. Der Kauf als Schuldverhältnis bereitet den Umsatz von gegenständlichen Gütern im Wirtschaftsleben vor, indem er den Verkäufer zum Austausch eines Gegenstandes verbindet. In diesem Gegenstande ist das wirtschaftliche Ziel des Kaufvertrags verkörpert. Der unmittelbare Gegenstand der aus dem Kaufschuldverhältnis entspringenden Ansprüche ist jedoch nicht das Umsatzobjekt. Der Kaufvertrag ist, wie alle schuldrechtlichen Beziehungen, lediglich Bindung von Person an Person: er unterwirft den Schuldner dem Gläubiger, den Verkäufer dem Käufer. Unmittelbares Objekt eines jeden Anspruchs ist die Person des Anspruchsunterworfenen, des Schuldners [1]). Das Sachenrecht gibt unmittelbare Herrschaft über das wirtschaftliche Rechtsobjekt dadurch, daß es Ausschlußrechte gegen jedermann gibt. Es richtet sich zwar auch nicht gegen die Sache selbst, sondern (als Verbotsnorm) gegen die uncharakteristische Gesamtheit aller Rechtsgenossen, sodaß im Sachenrecht den charakterisierenden Schwerpunkt der Betrachtung die Sache selbst gibt [2]). Das Schuldrecht vermag solche unmittelbare Herrschaft aus eigener Kraft nicht zu verschaffen. Es bindet nur die Person des Schuldners — alium nobis constringit —, es verbindet ihn, durch sein Verhalten den vereinbarten Erfolg herbeizuführen, z. B. die unmittelbaren rechtlichen (Eigentum) oder tatsächlichen (Besitz) Beziehungen der beteiligten Parteien zu dem in Frage stehenden Wirtschaftsobjekt durch Rechtsverschaffung oder Uebergabe zu ändern. Das wirtschaftliche Ziel eines Schuldverhältnisses kann auch ein anderer Erfolg sein, etwa Arbeitsleistung oder

---

[1]) Vgl. Oertmann II, 1, Vorbem. v. § 241 BGB; Heilfron, § 68 a; Binder I, 10.

[2]) H. Lehmann, Allg. Teil, § 47, I.

Nutzungsüberlassung: auch hier ist unmittelbarer Gegenstand des Schuldverhältnisses immer der Schuldner.

II. Der Schuldner ist aber nur in bestimmter Beziehung gebunden, nämlich insoweit, als er sich verhalten muß, um den vereinbarten Erfolg herbeizuführen. Kurz wird deshalb oft gesagt, dieses bestimmte Verhalten des Schuldners, sein Leisten, seine Leistung sei Vertragsgegenstand [3]). Das ist kein Widerspruch zu dem oben Ausgeführten; es ist lediglich eine Frage der Formulierung und kommt auf dasselbe hinaus, ob man sagt, der „Schuldner in einem bestimmten Verhalten", oder „ein bestimmtes Verhalten des Schuldners" sei Vertragsgegenstand. Das Gesetz selbst bezeichnet dies Verhalten des Schuldners, die Leistung, oft als Gegenstand des aus dem Schuldverhältnis fließenden Anspruchs; vgl. etwa § 241 BGB.: „ . . . . eine Leistung fordern".

Das Verhalten des Schuldners bekommt jedoch eigentlichen Inhalt erst durch die Beziehung zu dem Substrate, das den erstrebten wirtschaftlichen Erfolg des Vertrags darstellt [4]), also etwa durch das zu vollendende Werk, die zu verschaffende Sache. Man kauft nicht schlechthin, sondern man kauft ‚einen Ring'. Dieser Ring stellt sich als der durch das Verhalten des Schuldners herzustellende Erfolg dar. Mittelbar ist damit der Ring, die zu leistende Sache, Gegenstand des Schuldverhältnisses [5]). Auch diesen nur mittelbaren Gegenstand bezeichnet man oft als den Gegenstand des Vertrages, insbesondere im Sprachgebrauch des täglichen Lebens ist dies der Fall, und auch das Gesetz drückt sich mitunter so aus: z. B. heißt es im § 243 BGB.: „Wer eine Sache schuldet . . .". Genauer ausgedrückt müßte es heißen: „Wer verpflichtet ist eine Sache zu leisten", etwa sie zu übergeben, zu übereignen.

III. So bedeutet „Gegenstand des Schuldverhältnisses" zweierlei: einmal das gesamte Verhalten des Schuldners, dessen Beobachtung ihm zur Pflicht gemacht wird, und dann das zu Leistende, das Endergebnis [6]).

---

[3]) Hedemann: Schuldrecht, § 4, I.

[4]) Hedemann, Schuldrecht, § 4, II.

[5]) Staudinger II, 1, Einltg. v. § 241, Anm. 5.

[6]) Staudinger, a. a. O.; Titze, Schuldverhältn. § 1, 1 c.

Wenn in dieser Abhandlung in der Folge über den Gegenstand des Kaufes gesprochen werden soll, so ist an den mittelbaren Gegenstand im zweiten Sinne gedacht, und zwar, wenn aus dem Zusammenhang nichts anderes hervorgeht, an den Kaufgegenstand speziell.

IV. Die Formulierung für die oben verwendeten Begriffe ‚Gegenstand', ‚Leistung' usw. schwankt in der Wissenschaft erheblich. Vgl. eine Zusammenstellung bei Staudinger II, 1, Einl. vor § 241, Anm. 5. Etwa die gleiche Formulierung wie oben, oder zwar andere, aber mit sachlich demselben Ergebnis verwenden z. B. Hedemann, Schuldr. § 4; Staudinger, a. a. O.; Crome, System II, 27; Schollmeyer 1 ff. — Abweichend, mit eigenwilliger Auffassung: Planck — Siber II, 1, 37; Siber, Schuldr. § 3, I, 1 a.

§ 2. B) Wirtschaftlicher Zweck (Gegenstand) des Kaufes im Vergleich zu dem der anderen Vertragstypen.

I. „Gegenstand" soll also das zu Leistende, das zu Bewirkende sein. Solcher Leistungserfolge gibt es eine große Menge; etwa eine Arbeit, die Uebereignung einer Sache, Verschaffung eines Rechts, Ueberlassung einer Sache zur Benutzung. Ordnung wird in diese Vielheit vertragbestimmender Erfolge durch die folgende Betrachtung gebracht.

Ihrem wirtschaftlichen Zweck nach und nach ihrer gesetzlichen Regelung lassen sich alle zweiseitigen, rechtsgeschäftlichen Verträge, zu welchen der Kauf gehört, auf drei Grundtypen zurückführen, die alle derartigen Verträge erschöpfend charakterisieren [1]).

II. Der Leistungserfolg aller derartigen Verträge ist entweder die endgültige Verschaffung eines Vermögensgutes (Tauschgutes, wieder ‚Gegenstand' genannt, vgl. § 1, III), — Kauf, Tausch, Schenkung — oder die zeitweilige Ueberlassung eines Gegenstandes, — Miete, Pacht, Leihe — oder endlich kann Gegenstand der Ver-

---

[1]) Bei d. folg. Betrachtung ist nur auf d. zweiseitigen Verträge, zu denen der Kauf gehört, einzugehen. Die andere Grundform der „Sonderverbindungen zu bestimmtem sozialem Zusammenwirken" neben der des zweiseit. Vertrages, die Gesellschaft, interessiert hier nicht.

pflichtung ein bestimmtes Tätigwerden oder Unterlassen sein, — Arbeitsverträge, Auftrag, Konkurrenzverbot [2]). Die anderen zweiseitigen Vertragstypen des besonderen Teils der Schuldverhältnisse sind entweder Unterarten dieser Grundform oder an sie angelehnte Verträge (Bürgschaft). Jeder dieser zweiseitigen Verträge kann weiterhin entweder entgeltlich oder unentgeltlich sein. Die entgeltlichen Verträge, so auch der Kauf, sind gegenseitige Verträge.

Diese Dreiteilung begegnet uns z. B. auch in der Regelung der Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens (§ 733, II BGB): Die Einlagen werden danach unterschieden, ob sie in der endgültigen Ueberlassung eines Gegenstandes (ad sortem), oder in der Gebrauchsüberlassung eines Gegenstandes (ad usum), oder in der Leistung von Diensten bestehen. Die Dreiteilung im Röm. Recht (Digesten 44, 7, 3 pr.: dare, facere, praestare) beruht auf anderen Gesichtspunkten [3]).

Uns geht hier nur der Kauf an: der gegenseitige Vertrag, der auf endgültige Ueberlassung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet ist. Damit wird als möglicher Gegenstand von Kaufverträgen der der beiden anderen Grundvertragstypen ausgeschlossen. Nach der wirtschaftlichen und gesetzlichen Grundtendenz der Vertragsarten können Kaufgegenstand nicht bloß zeitweilige Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung eines Gegenstandes sein, und andererseits auch nicht eine Arbeitsleistung.

III. Uebrigens ist diese Dreiteilung nur für das geltende bürgerliche Recht gültig. In gewissen Theorien der Nationalökonomie z. B. ist diese grundsätzlich scharfe Trennung nicht vorhanden. Die liberalistisch-marxistischen Theoretiker der letzten Jahrzehnte faßten beispielsweise auch die Arbeit als Ware auf, und mußten so auch die Arbeitsverträge als Kaufverträge ansehen [4]). Diese Auffassung ergab sich aus der Wertung der Rolle, die der Arbeitnehmer in den

---

[2]) Vgl. Jung BGB 503. — Siber, Grundriß, § 42, I, 1.
Leonhard, Schuldr. II, 1 § 148.
Boehmer, Einführung, § 22, II, 2 c.

[3]) Vgl. Heilfron, BGB II, 1 § 68 b.

[4]) Vgl. Lotmar, Arbeitsvertrag I, 43 ff.; Voigt, Arch. f. R. W. Phil. 6, 305.

Arbeitsverträgen spiele, einer ganz entpersönlichten, materialisierten Rolle; das BGB denkt darüber ganz anders.

IV. Nach geltendem Recht ist an der vorgeschlagenen Einteilung der Verträge festzuhalten [5]). Oft wird freilich die Grenze zwischen den einzelnen Vertragstypen schwer zu ziehen sein. Schwierigkeiten wird insbesondere eine scharfe Abgrenzung des Kaufes von einer Art der Arbeitsverträge, dem Werkvertrag, machen, weil bei diesem, wie im Kaufvertrag, ein gegenständlicher Erfolg Vertragsgegenstand sein kann (§ 631, II BGB). Ein jeder Kaufvertrag verlangt ja auch ein Tätigwerden des Verkäufers, das zur Verschaffung des Kaufgegenstandes führen soll [6]). Dieses Tätigwerden kann innerhalb des Schuldverhältnisses mehr und mehr Bedeutung gewinnen, — so viel endlich einmal, daß es charakteristisches Merkmal des Vertrages wird [7]), dann liegt ein Werkvertrag vor. Der kritische Uebergangspunkt ist begrifflich nicht zu bestimmen, sodaß die Natur eines solchen Grenzvertrages oft zweifelhaft sein kann, — etwa bei den Elektrizitätslieferungsverträgen, bei dem ‚Kauf von Geheimverfahren', worüber unten zu reden sein wird.

Grundsätzlich ist jedoch an der Scheidung festzuhalten: der Kaufvertrag bezieht sich auf eine gegenständliche Leistung, der Arbeitsvertrag auf Arbeit [8]). Anders ausgedrückt: Hier wird ein Vermögensaufwand entgolten, dort ein Kraftaufwand, — der für unser Recht kein Vermögensaufwand ist [9]).

V. Auch zwischen dem Kaufvertrage und dem Vertrag auf Nutzungsüberlassung gibt es gewisse Uebergänge, die zu Zweifeln Anlaß geben. Wird nämlich eine Sache oder ein Recht auf unbestimmte Zeit zur ausschließlichen Nutzung überlassen, ohne daß sie aber rechtlich übertragen würden, etwa zu Eigentum oder zediert, so

[5]) Ob freilich d. begriffl. Erfassung d. positiv-rechtlich geregelten Vertragstypen fachlich sehr gelungen ist, ist sehr zweifelhaft. Vgl. Jung, BGB § 142.

[6]) Vgl. Kohlrausch, Z.St.W. 20, 489 Anm. 32.

[7]) Vgl. Kreß, Schuldr. § 11 b; § 11,2.

[8]) Vgl. Leonhard II 2, 4 u. 6.
Riezler, Arch. bürgerl. R. 27, 240.

[9]) Lotmar, Arbeitsvertrag I, 47.

liegt wirtschaftlich eine endgültige Verschaffung des Gegenstandes vor, die einen solchen Vertrag kaufähnlich macht. Beispiele bieten insbesondere gewisse Lizenzverträge, worauf unten, § 13, einzugehen sein wird.

§ 3. C) Gesetzliche Regelung des Kaufgegenstandes und die dadurch gegebenen Grenzen einer Analogie.

I. Es wurde festgestellt, daß der Kauf seiner grundsätzlichen wirtschaftlichen Richtung nach Gegenstände (d. h. Wirtschaftsgüter, Tauschgüter) endgültig übermitteln will.

Als Beispiele solcher Gegenstände stellt das BGB Sachen und Rechte hin (§ 433). Diese Beispielsetzung ist, juristisch genau genommen, nicht richtig oder wenigstens ein Pleonasmus [1]). Denn das BGB regelt, wie aus der Fassung des § 433 selbst hervorgeht, ja nicht die Verschaffung der Sache, sondern es gibt als Grundpflicht des Verkäufers die Verschaffung des Eigentums an der Sache an. Also ist das Eigentum an der Sache Kaufgegenstand. Das BGB verwendet diesen ungenauen Sprachgebrauch des täglichen Lebens an vielen Stellen [2]). In der Verkehrssprache wird die rechtliche Beziehung zur Sache, das Eigentum an ihr, mit der Sache selbst verwechselt [3]). Das ist verständlich, denn „im Körper der Sache erscheint das Machtgebiet, der Herrschaftsinhalt des Eigentums" [4]). Das Eigentum ist ein rechtliches Spiegelbild, ein rechtliches Kleid des rechtlich beherrschten Objekts. Dies verhält sich nicht so mit den übrigen (begrenzten) dinglichen Rechten, die nur eine rechtlich willkürliche Teilherrschaft geben. Der Erwerb eines solchen Rechts wird von Verkehr und Gesetz als Rechtskauf aufgefaßt, obgleich dieses Recht seinem Umfang nach dem Eigentum recht nahe kommen kann, etwa der Nießbrauch.

---

1) Vgl. Jung, BGB § 189.

2) Insbes. a. b. d. Regelung d. Früchte (§ 99 BGB), wo das zu groß. Verwirrungen führt.

3) Bekker, Grundbegriffe des Rechts u. Mißgriffe d. Gesetzgebung (1910), S. 5 u. 284.

4) Sohm I, 20.

Die schiefe Ausdrucksweise des BGB ist besonders auch auf die Regelung des Kaufes im Röm. Recht zurückzuführen. Dort stand der Sachkauf in scharfem Gegensatz zum Rechtskauf; beim Rechtskauf war das Recht zu verschaffen, beim Sachkauf aber nicht etwa das Eigentum an der Sache, sondern nur das habere licere, die Eviktionsfreiheit. Im BGB ist normale Verkäuferpflicht immer die Rechtsverschaffung [5]).

II. Genau genommen ist im BGB nur der Rechtskauf geregelt: der Kauf von Eigentum und sämtlichen anderen Rechten. Nach der Regelung des BGB (§§ 903 ff.) kann Eigentum nur an Sachen bestehen. Eine Ausdehnung des Eigentumsbegriffs, z. B. auf Forderungen [6]), ist nicht zu befürworten, weil hier die Zuständigkeit des Rechts selbst als Recht bezeichnet wird [7]). Auf den in Vergangenheit und Gegenwart stark umstrittenen Begriff des ‚geistigen Eigentums' an Immaterialgütern [8]) kann hier nicht näher eingegangen werden, ebenso auch nicht auf den des ‚industriellen' und ‚gewerblichen Eigentums' [9]). Selbst wenn man solche, m. E. zur Verbildlichung der Beziehung zum Immaterialgut wohl geeignete Ausdrucksweise [10]) anerkennen würde, würde dieses „Eigentum" jedenfalls nicht das technische Sacheigentum des BGB sein, also nicht von § 433 getroffen werden. Und diese technisch begrenzte Auffassung des BGB hat ihren Sinn: die Beziehungen zu einem körperlichen Gegenstand, zu einer Sache, sind so sinnfällig, so verkörpert, kommen so sehr der Forderung des Menschen nach „Rechtsschein" entgegen, daß diese Beziehung einer besonderen rechtlichen Behandlung wohl wert ist [11]).

Der Kauf des Eigentums an Sachen soll in der vorliegenden Abhandlung ausscheiden, ebenso der von Rechten. Die Frage, von der unsere Untersuchung ausgeht, könnte also auch folgendermaßen

---

5) Jung, BGB § 189; vgl. a.: Prot. II, 52.
6) Leonhard II, 1, 60 ff.
7) Matthiaß, Lehrb. § 37, 1 Anm. 4.
8) Streißler, 37 ff.; 85 ff. zum Geschichtlichen.
9) Streißler, 76 ff.; Staudinger II, 2 § 433 V 2 c.
10) RG. 68, 51 spricht von einer ‚Breviloquenz'.
11) Vgl. Jung, BGB § 213; Mot. III, 2.

gefaßt werden: Wie gestaltet sich ein Kauf, bei dem nicht ein Recht verschafft werden soll? Darum ist auch auf solche Verträge einzugehen, bei denen zwar eine Sache oder ein Recht Gegenstand des Vertrages ist, aber dieser Gegenstand nicht durch Rechtsgeschäft zu Eigentum oder durch Abtretung rechtlich übertragen wird: den Besitzkauf und gewisse Fälle des Lizenzvertrages, wo das zu überlassende Recht gewissermaßen auch zu Dauerbesitz übertragen wird (vgl. unten §§ 12, 13 d. Arb.). Denn hier ist zwar Sache oder Recht Gegenstand des Vertrages, aber nur in tatsächlicher, nicht rechtlicher Weise, sodaß hier Grenzfälle vorliegen, die zu Zweifeln Anlaß geben können, auf die daher zweckmäßigerweise einzugehen ist.

III. Sind solche Käufe überhaupt möglich, in denen nicht ein Recht zum Vertragsgegenstand gemacht ist? Das ist zu bejahen, obgleich die im Gesetz gegebenen Vorschriften jedenfalls nicht unmittelbar auf derartige Verträge anwendbar sein können, weil ja eine der im § 433 BGB geregelten Hauptpflichten, die Rechtsverschaffung, gegenstandslos wird [12]). Das Wirtschaftsleben bringt aber viele Güter hervor, die rechtlich unmittelbar nicht oder noch nicht erfaßt und oft auch nicht erfaßbar sind, deren tatsächlicher Austausch aber wenigstens in rechtlicher Ordnung vor sich gehen muß.

Obgleich solche Güter nicht rechtlich unmittelbar anerkannt sind, kann man nicht sagen, daß derartige Gegenstände rechtlich überhaupt nicht vorhanden seien, da die Regeln des Rechts sich begriffsmäßig nicht auf einen rechtlich nicht gewerteten Gegenstand beziehen könnten. Denn unmittelbarer Gegenstand des Schuldverhältnisses ist ja, wie oben im § 1 dargelegt, der Schuldner in seiner Leistung oder die Leistung. Der Tauschgegenstand, der den wirtschaftlichen Erfolg verkörpert, ist ja nur der Gegenstand seines tatsächlichen Verhaltens. Als Beziehungspunkt dieses tatsächlichen Verhaltens ist jeder tatsächliche, auch rechtlich nicht erfaßte Gegenstand logisch

[12]) Einige Schriftsteller wollen trotzdem die Kaufregeln direkt angewendet wissen: Gierke, Dt. Privatrecht III, § 192 Anm. 36; Oertmann II, 2 Vorbem. z. § 433, 1 b β, unter Fortfall d. gegenstandslosen Verpflichtungen. Der Effekt ist derselbe wie bei analoger Anwendung. Für Analogie: Planck II, § 433, 3 b mit Lit.; RG. 63, 59.

denkbar und möglich [13]). So ist begriffsmäßig eine Analogie der Kaufregeln auf einen Vertrag über die endgültige Verschaffung eines rechtlich unmittelbar nicht erfaßten Gegenstandes sehr wohl denkbar [14]). Das ist auch die Meinung fast der gesamten Literatur und der Judikatur, vgl. etwa: Staudinger I Vorbem. vor § 90, II, 5; II, 2, § 433 V 2c; Planck II, § 433 3b; Hedemann, Schuldrecht § 37, I a 2; RGR.Komm. § 433 Anm. 6; Soergel, BGB § 433 I 5 mit Jud.; Oertmann II, 2. Vorbem. vor § 433b, β; Warmeyer, BGB § 433, II; Dernburg, Bürgerl. Recht, II, 2 § 168, I; Düringer-Hachenburg, HGB V, 1 Einleitg. zu §§ 373 ff. Anm. 6 ff.; Staub, HGB III, Vorbem. v. § 373; Marcus, Recht 1910, 561 mit Lit.; RG. 63, 57; 67, 86; 70, 231 u. viele; Prot. II, 51; für das Gemeine Recht: Dernburg, Pandekten II, § 94, II; gegen eine Analogie: Bechmann II, 119 ff.

IV. Solche Analogie ist aber nicht nur möglich, sondern auch nötig [16]). Das Wirtschaftsleben erfordert oft den Umsatz von Lebensgütern, ohne daß dabei Eigentum oder ein Recht verschafft wird. In früheren Rechtssystemen, insbesondere im Röm. Recht, mögen die beiden Kategorien Sache und Recht die möglichen Kaufgegenstände erschöpfend bezeichnet haben. Aber die Welt des Menschen wurde größer. Neueste naturwissenschaftliche Entdeckungen (Elektrizität) brachten Naturgüter in Umlauf, die nicht Sachen sind. Die fortschreitende Entäußerungsmöglichkeit von Geistesprodukten [16]) (Erfindungen, künstlerische Gestaltungen), die früher entweder als unentäußerbare Persönlichkeitsbestandteile aufgefaßt wurden oder nur in den Formen eines wirtschaftlich ganz anders liegenden Vertrags, etwa eines Dienstvertrags (Mitteilung eines Herstellungsverfahrens), übertragen werden konnten, stellt das Recht vor ganz neue Probleme. In vielen Fällen hat die lex lata diese Probleme

---

[13]) Vgl. dazu: Oertmann, Ehrenbergs Hdb. IV, 2, 360.

[14]) Die enge Fassung d. Regeln d. Gesetzes beruht auch nur auf gesetzestechnischen Erwägungen. Man wollte nur das konkret Faßbare regeln: Prot. II, 51; RG. 63, 59.

[15]) Vgl. etwa: Müller-Erzbach, Z.HR. 61, 357; Hueck, Diss. 34.

[16]) Vgl. Sohm III, 383 ff.

noch nicht erfaßt. Sollten aber solche Güterumsatzverträge einer formal-engen Regelung des Gesetzes zum Opfer fallen, und lediglich nach den allgemeinen, wirtschaftlich neutralen Regeln des Schuldrechts behandelt werden? Sollte man sie als lauter contractus sui generis auffassen? Das wäre vom rechtspolitischen Gesichtspunkt sehr bedenklich. Die speziellen Regeln des Besonderen Teiles der Schuldverhältnisse des BGB geben mehr Sicherheit; sie bieten im Tauschverkehr in vertraglich nicht vorgesehenen auftauchenden Fragen und Schwierigkeiten willkommene Ansatzpunkte für die Auslegung der betr. Verträge. Die jeweils passenden Regeln des Kaufvertrages sind also auf Güterumsatzverträge aller Art zur Analogie heranzuziehen. Nötigenfalls, wenn diese Regeln versagen, bleiben jedoch die allgemeinen Regeln, die im Vermögensverkehr allumfassende Geltung haben. Insbesondere wird man dann die Verträge nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte beurteilen. Für die Parteien am sichersten ist natürlich eine sorgfältige vertragliche Festlegung ihrer Rechte und Pflichten.

V. Grenzen der Analogie ergeben sich aus folgendem: Einmal sind Analogien zum ‚Rechtskauf' des BGB (im Gegensatz zum Sachkauf) nur denkbar, wenn der Vertragsgegenstand ein Recht ist, d. h. eine Nichtsache, Nichteigentum, also etwa beim Lizenzvertrag, wo das betr. Recht zwar nicht rechtlich, aber tatsächlich zur Ausübung übertragen wird. Denn die Rechte, mögen sie dingliche Rechte, subjektiv-öffentliche Rechte oder Forderungen sein, sind rechtlich willkürlich festgesetzt. Außerhalb der Rechtsordnung gibt es nichts ähnliches, das zur Analogie Anlaß geben könnte. Anders beim ‚Sachkauf'. Hier handelt es sich um die rechtliche Beziehung zu einem auch außerhalb der Rechtswelt befindlichen Gegenstand; das vertraglich zu übertragende Eigentum, als juristisches Spiegelbild dieses Gegenstandes, wird durch diesen Gegenstand gekennzeichnet und in ihm und mit ihm allein übertragen. Nun gibt es viele außerjuristische Gegenstände, — die uns angehenden, — sowohl der toten Natur als der Geisteswelt, denen nach den positiven Regeln der Gesetze zwar nicht das rechtliche Eigentum entspricht. Aber ihre tatsächliche und endgültige Uebertragung zu tatsächlicher Innehabung ist möglich, sodaß wirtschaftlich ‚Eigentum' an diesen Gegenständen

übertragen wird. Es ist also ein wirtschaftlicher Erfolg Gegenstand der Verschaffungspflicht, der nicht durch das Recht geschaffen ist, sondern der außerhalb des Rechts existent ist. Das hat er mit dem ‚Sachkauf' gemein, und nur dieser wird darum analog entwendbar sein können. — Beim Kauf eines beschränkten dinglichen Rechts ist zwar auch ein außerrechtliches Gut unmittelbarer Rechtsgegenstand, aber dieses Recht wird in seinem Umfang weitgehend durch reine Rechtsregeln charakterisiert, — der Gegenstand spiegelt sich nicht in einem solchen beschränkten dinglichen Recht. Zu allein durch das Recht Geschaffenem ist aber, wie oben ausgeführt, Analogie nicht denkbar.

VI. Es kann sich also nur um Gegenstände außerhalb des Rechts vorhandener natürlicher oder geistiger Realität handeln, zu denen eine Analogie möglich ist. Und für diese Gegenstände ergeben sich gewisse Grenzen aus dem Begriffe der Analogie. Diese ist nur möglich und geboten, wenn der rechtlich zu wertende Tatbestand durch seine Aehnlichkeit in wesentlichen Voraussetzungen mit dem rechtlich erfaßten Tatbestand dies verlangt und ein vernünftiges Ergebnis erzielt wird [17]). Im Gesetz ist als Beispiel des Gegenstands des Nichtrechtskaufs die Sache aufgeführt, als der Prototyp des genau Erfaßbaren, Abgrenzbaren und auf die Dauer effektiv Entäußerbaren. Der analog zu behandelnde Gegenstand muß diese durch das Beispiel Sache angedeuteten Eigenschaften auch in wesentlichem Umfange aufweisen. Denn wenn man davon absähe, wäre eine Gegenständlichkeit in der Richtung des Sachkaufs nicht gegeben, eine Analogie also nicht möglich.

Richtig macht Enneccerus-Lehmann [18]) auf die Gefahr einer allzu weitherzigen analogen Anwendung der Kaufregeln auf alle verkehrsfähigen, irgendwie vergegenständlichten Güter aufmerksam. Oft ist m. E. eine reichhaltige Aufzählung möglicher Kaufgüter außer Sache und Recht mehr aus Freude an der Sache, am Analogisieren, als aus zwingenden Gründen vorgenommen worden.

---

17) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 43, II, 1 u. 3.

18) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 101, II;
vgl. a.: Leonhard II, 2, 4 ff.

Es ist immer vorsichtig zu prüfen, ob die erweiternde Anwendung der Kaufregeln angebracht ist, und inwieweit bei einer solcher erweiternden Anwendung die sich ergebenden Verpflichtungen mit der Eigenart des Leistungsgegenstandes verträglich sind [19]).

D) Uebersicht über die für den Tauschverkehr in Frage kommenden Gegenstände.

Zunächst ist ein Ueberblick über die Gegenstände zu geben, mit denen es der Verkehr zu tun hat, die nicht Sache oder Recht sind. Bei der Wichtigkeit, die der Gegenstandsbegriff für unsere Betrachtung hat, ist zuerst ein kurzes Eingehen auf die Geschichte dieses Begriffes und insbesondere auf die Darlegungen eines Mannes wohl angebracht, der zu Anfang unseres Jahrhunderts größte wissenschaftliche Auseinandersetzungen über diesen Begriff anregte.

§ 4. 1. Historisches, insbesondere Sohms Theorie vom Gegenstand.

I. Das Römische und Gemeine Recht faßte unter res (= Gegenstand) die res corporales und die res incorporales zusammen und bezeichnete damit mit res alle in Betracht kommenden Rechtsobjekte. Allerdings waren Immaterialgüter noch unbekannt, sodaß res = Sachen plus Rechte zu setzen war. Das ALR. I, 2 §§ 1—3 hatte ebenfalls einen weiten Gegenstandsbegriff, indem es als „Sache" (= Gegenstand) jedes mögliche Rechtsobjekt auffaßte. In der Auffassung der Rechtsobjekte wirken im BGB Gemeines und Preußisches Recht nach (vgl.: Mot. III, 1 ff.).

Sohm behauptet nun in drei Abhandlungen, — Der Gegenstand, 1905 i. d. Festgabe für Hrch. Degenkolb (zit.: Sohm I); Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung im Arch. f. bürgerl. Recht 28, S. 173 ff. (zit.: Sohm II); Noch einmal der Gegenstand, in Iherings Jahrb. 53, 373 ff. (zit.: Sohm III) —, daß das Wort ‚Gegenstand' in unserem Rechtssystem ein technisch gebrauchter enger Begriff sei. Durch seine glänzende, überzeugende Darstellung gewann er zuerst viele Anhänger [1]). Obgleich man heute seine Auffassung all-

---

[19]) Enneccerus-Lehmann, a. a. O.

[1]) Zusammenstellung bei Binder, Arch. f. bürgerl. Recht 34, 210.

gemein ablehnt [2]), und sie mit Recht als unrichtig bezeichnet, ist aus historischen Gründen doch auf Sohms Darlegungen einzugehen, weil einmal Sohm incidenter noch heute Gültiges bringt, z. B. den Begriff der Verfügung, und eine Kritik klärend dafür ist, in welcher Bedeutung das BGB das Wort ‚Gegenstand' gebraucht. Sohm behauptet, daß der Begriff des Gegenstandes untrennbar zusammenhänge mit dem der Verfügung (Sohm I, 6). Aus der (an sich richtigen) Tatsache, daß nur über Gegenstände verfügt werden kann (vgl. d. §§ 135, 161, 185, 816, 2040 BGB), schließt er umgekehrt, daß auch Gegenstand im BGB nur das sei, worüber verfügt werden könne, nicht das Rechtsobjekt schlechthin (Sohm I, 7). Verfügung bestimmt er dabei als ein die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft. Alle Gegenstände in diesem Sinne bildeten die aktiven Bestandteile des Vermögens (Sohm I, 23; II, 184/85): also ist der Begriff des Vermögensrechts eindeutig von dem des Personenrechts zu scheiden. So kommt Sohm zu dem Schluß, Vermögensrechte sind Rechte des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs und besitzen infolgedessen [3]) regelmäßig Verkehrswert, d. h. Vermögenswert (Sohm II, 187). Welche Rechte verfügbar sind, entscheide das positive Recht (Sohm III, 380). Daß es auch unveräußerliche Rechte gibt, die zweifellos Vermögensrechte sind (§§ 1439, 1554 BGB), verkennt Sohm nicht. Er erklärt dies damit, daß diese Rechte „ihrer Art nach" grundsätzlich veräußerlich seien, weil sie ihrer Substanz nach Abspaltungen veräußerlicher

---

[2]) Insbes.: Binder, Der Gegenstand, ZHR. 59, 1 ff. (zit. Bind. I) Vermögensrecht u. Gegenstand, A. f. bürg. R. 34, 209 ff. (zit. Bind. II); Ennecc.-Nipperd., Allg. Teil, § 114, I, Anm. 4; Staudinger I, Vorbem. v. § 90, II, 2; H. Lehmann, Allg. Teil, § 47, I; Oertmann I, Vorbem. v. § 90 Anm. 4; Hedemann, A. f. bürg. R. 31, 322; Klingmüller, Grünhuts Z. 34, 486; Schnitzler, Diss., S. 4, mit näherer Begründung.

[3]) Das ist m. E. ein hysteron-proteron; jedenfalls bezeichnet man als Vermögensrecht i. allg. das geldwerte Interesse: Staudinger I, Vorbem. v. § 90, II, 2 mit Lit., u. sagt, daß infolgedessen das geldwerte Gut des Umsatzes, der Verfügung, fähig sei.

Vgl. a.: Schönfeld, in: Die Reichsgerichtspraxis im dt. Gerichtsleben. Festgabe d. jur. Fakultäten, 1929, Bd. II, S. 248. RG. 70, 223: Ein Gut, das einen Geldwert darstellt, u. infolgedessen d. Umsatzes fähig ist.

Rechte seien und hier nur ein besonderer, uncharakteristischer Hinderungsgrund für ihre Veräußerung vorliege (Sohm II, 188, 191).

Sohm III stellt alle diese Begriffe noch einmal klar. Auf S. 391 macht er dabei eine wichtige Einschränkung: daß das BGB den Begriff ‚Gegenstand' mehrfach untechnisch brauche, insbesondere immer dann, wenn von einem Gegenstand mit einem Genitiv die Rede sei, d. h. wenn das Wort ‚Gegenstand' zusammen mit einem eine allgemeine Bedeutung ausdrückenden Zusatz gebraucht wird, z. B. Gegenstand der Beschlußfassung (§ 32), Gegenstand des Kaufes. Damit ist Sohms Begriff des Gegenstandes für uns eigentlich schon nicht mehr von Interesse, denn es soll ja im folgenden untersucht werden, was „Kaufgegenstand" ist. Aber, weil Sohm seinen Gegenstandsbegriff auch in der Legaldefinition des § 90 BGB zu Grunde legen will, (Sohm I, 116 ff.), wo Gegenstand ja ohne Zusatz steht, ist auf Sohms Begriff noch kurz weiterhin einzugehen, da der Sachbegriff des § 90 unten zu erläutern sein wird.

II. Sohm hat recht, wenn er sagt, daß nur über Rechte, einbegriffen Eigentum, verfügt werden kann [4]), aber nicht über alle Rechte, sondern eben nur über die verfügbaren, was ein circulus vitiosus ist. Sohm hätte damit das Eigentum und die verfügbaren Rechte unter dem Begriff ‚Gegenstand' zusammengefaßt, was eine an sich kaum zu empfehlende, aber mögliche neue Begriffsschöpfung ist, — nicht dagegen, wie Sohm es für sich in Anspruch nimmt, ist es ein interpretativer Begriff des BGB [5]). Auch das BGB braucht für das Eigentum und die anderen Rechte mitunter zusammenfassend den Ausdruck „Gegenstand", z. B. im § 434, wo sich das aus dem vorhergehenden § 433 klar ergibt [6]). Aber auch dieser Begriff hat keine Allgemeingültigkeit. — Mit Sohms Fest-

---

[4]) Dazu: Binder I, 26; Binder II, 221.

[5]) Binder II, 211 ff. — Ueber den möglichen Doppelsinn des Wortes ‚Gegenstand' als Verfügungsgegenstand u. als Rechtsobjekt, siehe Planck I, Vorbem. v. § 90, 1.

[6]) Mot. III, 33; nur diesen Gegenstandsbegriff erkennt an: Rud. Leonhard, Allg. Teil, 158.

stellung ist nur über den Begriff der Verfügung etwas gesagt, nicht über den des Gegenstandes. Denn das BGB gebraucht das Wort „Gegenstand" sehr oft [7]), teils im obigen technischen Sinne, meist aber in dem viel weiteren Sinne des Rechtsobjekts. Darum ist die Umkehrung Sohms, daß Verfügungsgegenstand Rechtsgegenstand sei, nicht möglich. Denn sie trifft nicht auf die Gegenstände zu, die das BGB untechnisch (i. S. Sohms) anwendet. Daß nun das Wort „Gegenstand" im § 90 in irgend einem engen, technischen Sinne gebraucht wird, ist Sohm nachzuweisen nicht gelungen.

Binder hat dies überzeugend dargelegt. Seine Widerlegung interessiert, wie oben bedeutet, nur noch, soweit sie sich auf den § 90 bezieht, denn daß „Kaufgegenstand" von vornherein irgend welche begrifflichen Grenzen habe, hat Sohm selbst abgelehnt. Binder I, 30 ff. und Binder II, 219 ff. stellt unter Zuhilfenahme der Entstehungsgeschichte des § 90 klar, daß der Gegenstand des § 90 lediglich als „Ding", als Rechtsobjekt, nicht als Verfügungsgegenstand anzunehmen ist. Die Ausführungen Binders, denen zuzustimmen ist, brauchen hier nicht wiederholt zu werden, da sein Ergebnis, Gegenstand des § 90 = Rechtsobjekt, heute fast allgemein als selbstverständlich empfunden wird [8]).

III. Ein Buch von Gerhart Husserl, Der Rechtsgegenstand (1933), arbeitet mit völlig anderen Methoden und unter ganz anderen Voraussetzungen, als es hier getan wird. Husserl ist Philosoph und zwar Phänomenologe. Die vorliegende Abhandlung geht im wesentlichen rechtspositivistisch vor. So ist auf dieses Werk nicht einzugehen.

§ 5. 2. Uebersicht über die Gegenstände nach allgemeinen Gesichtspunkten.

I. Der Ausdruck ‚Gegenstand' ist also für das bürgerliche Recht kein technischer Kunstausdruck, sodaß durch die Sprache des Gesetzes zunächst keine Schranken gegeben sind. Schranken ergeben sich aus der wirtschaftlichen Tendenz des Kaufvertrages: Kaufgegenstand kann nicht Arbeit und bloße Gebrauchs- oder Nutzungsüber-

---

[7]) Vgl. Gradenwitz, Wortverzeichn. z. BGB (1902), 72.

[8]) Vgl. Planck I, Einleitende Bemerkungen vor § 90, 1.

lassung sein (vgl. oben: § 2, II). Ein Kaufvertrag ist über solche Lebensgüter möglich, die „gegenständlich" in der Richtung des durch das im § 433 gebrachten Beispiels „Sache" sind. Das Gut muß also abgrenzbar und übertragbar sein.

Ueber die Abgrenzbarkeit, Faßbarkeit [1]) entscheidet der Verkehr; ein Indiz für diese Selbständigkeit ist, daß das Gut für sich allein bezeichnet und bewertet wird [2]). Solche Bewertung wird dann eintreten, wenn das Gut ein „einer unmittelbaren Verwendung zugängliches Mittel für die Befriedigung menschlicher Lebensinteressen" [3]) ist. Der Gedanke an die Uebertragbarkeit, Tauschbarkeit eines Gutes taucht auf mit dem Bewußtsein, daß dieses Gut „keine Qualität der Persönlichkeit mehr bedeute, sondern einen fungiblen Wert, der ebenso durch diesen wie durch jenen Gegenstand repräsentiert werde" [4]). Dann tritt also das Objekt zurück hinter dem Wert, der in ihm steckt. Dann ist ein solches Gut Tauschgut, aber effektive Entäußerung und Veräußerung ist nur möglich, wenn die Zuständigkeit des Gutes ohne Hinzutreten einer persönlichen Verpflichtung zu einer künftigen Handlung oder Unterlassung unmittelbar geändert werden kann [5]), oder wenigstens muß solche hinzutretende Verpflichtung Nebenleistungspflicht bleiben (vgl. unt. § 15, IV d. Arb.). Dann erst ist das Gut vollkommen verkehrsfähig [6]).

II. Eine erste Einteilung derartiger tauschfähiger Lebensgüter ergibt sich daraus, ob der in Frage stehende Gegenstand eine Einheit oder eine Zusammenfassung mehrerer selbständiger gegenständlicher Einheiten ist.

Die in sich einheitlichen Gegenstände werden herkömmlicherweise, nach dem Vorbild des Röm. Rechts, in körperliche und unkörperliche Gegenstände eingeteilt. Im Röm. Recht bedeutete diese Zweiteilung der res die Gegenüberstellung der res quae in natura consistunt und der res quae in jure consistunt. In natura bestanden aber

[1]) Jung, BGB § 189.

[2]) Ennecc.-Nipperd. Allg. Teil § 114, II.

[3]) Kohler, Lehrb. II, 1 § 3, II.

[4]) Kohler, a. a. O.; Binder II, 249; Sohm II, 187 schließt genau umgekehrt (vgl. § 4 Anm. 3 d. Arb.).

[5]) Pisko, Unternehmen 88.

[6]) H. Lehmann, Allg. Teil, § 12, I 2 b.

nach römischer Auffassung als tatsächlich und dem folgend, rechtlich beherrschbar, nur die körperlichen Gegenstände, die res quae tangi possunt. Das BGB übernahm diese Auffassung, aber zu Unrecht, denn seitdem hatte der Mensch sich Teile der toten Natur untertan gemacht, die nicht berührt und überhaupt nicht unmittelbar sinnlich wahrgenommen werden können: gewisse Erscheinungsformen der Energien, insbesondere die Elektrizität. Diese Bestandteile der toten Natur sind nicht körperlich (siehe unt. b. d. Behandlung des Sachbegriffs, § 6, II, III d. Arb.), sodaß sie wegen der engen Legaldefinition [7]) des § 90 BGB nicht zu den Sachen zu zählen sind [8]). Sie sind selbstverständlich auch keine Rechte, sodaß in dieser Arbeit auf Lieferungsverträge über sie einzugehen ist.

III. Unkörperliche Gegenstände, die nicht zur toten Natur gehören, sind einmal die Rechte, die res quae in jure consistunt, und zwar Rechte jeder Art, soweit sie subjektive Vermögensrechte [9]) sind. Ein subjektives „Recht" ist die dem einzelnen von der Rechtsordnung zugeteilte Rechtsmacht, mag sie nun absolut oder relativ sein, dem privaten oder öffentlichen Recht angehören. Beispiele sind dingliche Rechte, Forderungsrechte, Immaterialrechte, subjektiv-öffentliche Rechte (vgl. a. unt., § 18 d. Arb.), soweit sie abtretbar sind. Kein Recht ist nach der h. M. der Besitz, sondern nur ein vorwiegend tatsächliches Verhältnis eines Menschen zu einer Sache mit gewissen rechtlichen Wirkungen.

IV. Es gibt aber auch immaterielle Güter, die nicht in jure bestehen, sondern in der außerjuristischen Geisteswelt. Diese Güter

---

[7]) Eine Kritik gibt z. B. Oppikofer, Unternehmen, 137, mit rechtsvergleichenden Hinweisen.
Regelsberger, Jherings Jhrb. 58, 153 bringt sie als Beispiel für „Starre Gesetzesnormen".

[8]) a. A.: Kohlrausch, ZStW. 20, 488 ff., der aus Gründen d. Logik alle gegenständl. Güter der toten Natur zu den ‚Sachen' zählen möchte, — logisch richtig, aber geg. d. Fassung d. posit. Gesetzes verstoßend.

[9]) Nur die Vermögensrechte: der „Verkauf der Erstgeburt" (1. Moses 25, 29 ff.) z. B., also einer familienrechtl. Rechtsstellung, ist nach dem BGB undenkbar. Abgesehen davon, daß ein Tausch vorläge, da der Gegenwert ein Linsengericht ist, ist ein reines Familienrecht heute unübertragbar. Auch wäre ein solcher Vertrag heute natürl. unsittlich: vgl. dazu Hebr. 12, 16.

pflegt man als unkörperliche Güter (im engeren Sinne) zu bezeichnen. Hierher [10]) gehören einmal die „Persönlichkeitsgüter", die mit dem Persönlichkeitskreis in näherem Zusammenhange stehen, aber keinen selbständigen Vermögenswert haben, wie Namen, Firma, Ehre, und dann die „Immaterialgüter", die zwar auch mit dem Persönlichkeitskreis in näherem Zusammenhang stehen, — mit dem Geistesleben des Menschen, wobei „Geist" als das, — auf irgend einem Gebiete —, Schöpferische im Menschen aufgefaßt wird, — die aber selbständig übertragbar sind. Beispiele bilden Schriftwerke, Tonwerke, Erfindungen, m. E. auch das Unternehmen. Es handelt sich zunächst um alle Schöpfungen auf künstlerischem, wissenschaftlichem und gewerblich-organisatorischem Gebiet, — natürlich immer, soweit sie gegenständlich im oben dargelegten Sinne sind. Die künstlerischen und wissenschaftlichen Schöpfungen, die „Geisteswerke" [11]) scheiden jedoch für unsere Betrachtung aus, denn sie werden gleich von ihrer Entstehung an mit absoluten, eigentumsartigen Ausschlußrechten und Verwertungsrechten bekleidet: vgl. Ges. betr. das Urheberrecht an Werken d. Lit. u. Tonkunst v. 19. 6. 1901; Ges. betr. d. Urheberrecht an Werken d. bildenden Künste u. d. Photographie v. 9. 1. 1907. Sie werden durch Abtretung dieser „Immaterialrechte" veräußert, — ihr Erwerb ist also immer ein Rechtskauf.

V. Es bleiben die gewerblichen Immaterialgüter, teils wie die Erfindung, Verfahrensarten, durch Anmeldung bei einer vorgesehenen Behörde (Patentamt usw.) mit absoluten Rechten bekleidbar [12]), teils, — wie das Unternehmen, gewisse Betriebserfahrungen, — als solche rechtlich nicht unmittelbar zu schützen [13]).

---

10) Vgl. dazu H. Lehmann, Allg. Teil, § 47, II, 3; Henle, BGB I § 4, II, 1 a β; Matthiaß, BGB § 37, Anm. 1; Streißler, 12.

11) Streißler, 34.

12) Vgl. f. Erfindungen Patentgesetz v. 7. 4. 1891, § 4; Ges. betr. d. Urheberrecht an Mustern u. Modellen v. 11. 1. 1876, § 7; Ges. betr. d. Schutz v. Gebrauchsmustern v. 1. 6. 1891, § 4.

13) Die Rechtspr. d. RG. z. d. Einordn. d. Unternehmens i. d. § 823, I BGB bleibe hier unberücksichtigt; das RG. will damit nicht ein eigentumsartiges absolutes Recht am Unternehmen einführen. Vgl. Ennecc.-Nipp., Allg. Teil § 71, I, 2 mit Lit.

Andere Geistesprodukte als die genannten kommen wohl für den Vermögensverkehr nicht in Frage. Wenn das Strafgesetzbuch z. B. im § 109 von einem „Stimmkauf" spricht, so ist das nur eine bildliche Sprachweise. Eine Ueberzeugung, wie es hier der Fall ist, ist nach der Verkehrsauffassung nicht ein faßbarer, übertragbarer Gegenstand. Selbstverständlich sind derartige Verträge nichtig, weil sie gegen das Gesetz verstoßen. Ueberhaupt binden Verträge über irgend welche, auch nicht politische, Ueberzeugungen die Freiheit der Persönlichkeit so stark, daß hier immer Unsittlichkeit anzunehmen ist [14]).

Die gefundenen einfachen Gegenstände sind also: Sachen, Rechte, Energien, Immaterialgüter. Zu diesem Ergebnis kommt z. B. auch Staudinger [15]).

VI. Weiterhin sind als Gegenstände von Kaufverträgen Zusammenfassungen von Gegenständen möglich, Inbegriffe — Vielheiten von Vermögensgütern, die durch geistige Zusammenfassung als Einheit aufgefaßt werden. Es sind dies die Sachinbegriffe, die Sachgesamtheiten, und die Rechtsinbegriffe, die Vermögen. Inbegriffe von Immaterialgütern gibt es nicht; mitunter wird das Unternehmen hierher gezählt, was m. E. abzulehnen ist (siehe unt. § 8, II d. Arb.).

§ 6. 3. Gegenstände der toten Natur, die nicht Sachen sind.

Das in der Uebersicht kurz Zusammengefaßte ist in mancher Beziehung näher zu erklären.

I. Zuerst wurde behauptet, daß es Erscheinungen der toten Natur gibt, die nicht Sachen sind. Das ist klarzustellen. Dazu muß vom Begriff der Sache ausgegangen werden. Dieser ist in der Legaldefinition des § 90 BGB festgelegt. Daß der Oberbegriff Gegenstand kein technischer Begriff ist, sondern einfach Rechtsobjekt bedeutet, wurde schon beim Eingehen auf Sohms Gegenstandsbegriff erwähnt. Auch auf die geschichtlichen Wurzeln des Sach-

[14]) Vgl. Hedemann, Schuldr. § 4 III b 4.

[15]) Staudinger, I, Vorbem. z. § 90, II, 2.

begriffs wurde in jenem Zusammenhange und im § 5 II d. Arb. eingegangen.

Allgemein ist vor der Erörterung des Sachbegriffs zu bemerken, daß dieser, — die Stellung des § 90 im Allg. Teil des BGB zeigt dies, — für das ganze BGB Geltung haben soll, auch für das Schuldrecht. Allerdings läßt hier die Möglichkeit einer erweiternden analogen Auslegung der Vorschriften die Bedeutung dieser Definition zurücktreten [1]).

II. Sachen im Sinne des BGB sind körperliche Gegenstände. Was heißt „körperlich"? Körperlich sind die für sich bestehenden (räumlich abgegrenzten), substantiellen Stücke der Außenwelt, die sinnlich wahrnehmbar sind [2]); im allgemeinen wird der Tastsinn die Wahrnehmung vermitteln, aber das ist nicht nötig. Es wird jedoch die Ansicht vertreten, daß die Sache gerade mit dem Tastsinn wahrnehmbar sein muß, eine Ansicht, die auf das tangi posse des Römischen Rechts zurückzuführen ist [3]).

Die Sache soll „im eigentlichen, anschaulichen Sinne verstanden werden" [4]): darum entscheidet über die Körperlichkeit nicht die Wissenschaft (Physik), sondern, — nach Maßgabe obiger Kriterien, die Verkehrsauffassung [5]); diese wird natürlich von sicheren Ergebnissen der Wissenschaft beeinflußt werden.

III. Körperlich sein heißt also raumerfüllend sein, Masse haben, und nicht nur sinnlich wahrnehmbar sein. Die Folge davon ist, daß die Elektrizität, — als Beispiel der verkehrsfähigen Energien, siehe unter IV, — keine Sache ist. Mag sie immerhin, wenigstens mittelbar an ihren Wirkungen [6]), — sinnlich wahrnehmbar sein, sie hat keine Masse, ist als Energie lediglich ein Spannungszustand, eine

[1]) Vgl. Jung, BGB, 590; Oertmann I, Vorbem. v. § 90 Anm. 1; Wiesmann, Diss. 29.

[2]) Dazu: H. Lehmann, Allg. Teil, § 48, I; v. Tuhr, Allg. Teil, § 27, III; Oertmann I, Vorbem. v. § 90 Anm. 2 a; Kohler, Bürgerl. Recht, § 198 V; Warneyer, BGB I, § 90, II.

[3]) z. B. Schnitzler, Diss. 11 ff., der diese Auffassung bis auf Aristoteles zurückführt.

[4]) Jung, BGB, § 213.

[5]) Ennecc.-Nipp., Allg. Teil, § 114, II, 2; H. Lehmann, Allg. Teil, § 48, I, 2.

[6]) Schnitzler, Diss. 11.

Wirkung von Körpern, eine Fähigkeit, Arbeit zu leisten. Dies vertritt heute der überwiegende Teil der Rechtswissenschaft [7]) in Anlehnung an die Verkehrsanschauung, und auch die physikalische Auffassung ist heute noch im allgemeinen wie es hier dargestellt ist.

Anderer Ansicht war man früher in der Naturwissenschaft und auch in der Rechtswissenschaft [9]), und ist man auch heute teilweise noch. In allerletzter Zeit ist eine Theorie aufgestellt worden, nach der die Elektrizität körperlich ist. Ihr hat sich Staudinger [10]) angeschlossen. Doch ist diese Theorie nicht anerkannt und entspricht nicht der allgemeinen Verkehrsauffassung.

IV. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß die Elektrizität und gewisse andere Energien etwas Gegenständliches im oben dargelegten Sinne sind. Nicht alle Energieformen gehören hierher, sondern nur die unfreien, verkehrsfähigen Energien, deren wichtigste wiederum die Elektrizität ist, insoweit sie fähig ist, Arbeit zu verrichten [11]). Von ihr wird im folgenden darum nur zu reden sein. Die freien Energien (Licht, Wärme) sind nicht beherrschbar, also nicht „passiv rechtsfähig"; die verkehrsunfähigen Energien (z. B. der Magnetismus) können nicht ohne Ortsveränderung ihres körperlichen Trägers transportiert werden, und sind rechtlich als Eigenschaften ihres Trägers aufzufassen [12]).

Die Elektrizität als wichtigste Energieform ist etwas Gegenständliches [13]). Wirtschaftliche Selbständigkeit ist weitgehend vor-

---

7) H. Lehmann, Allg. Teil, § 48, I, 2 mit Lit.; Planck I, Vorbem. v. § 90 Anm. 2 c; Ennecc.-Nipp., Allg. Teil, § 114, II, 2 a; Staub, HGB III, Vorbem. v. § 373 Anm. 16; Zusammenstellung der Ansichten b. Schnitzler, Diss. 14—16; A. Lehmann, Diss. 13.

8) Vgl. b. Schnitzler, Diss. 1 Zit.; Groß. Brockhaus, Bd. 5, 1930, S. 425.

9) Pfleghard, Arch. f. bürgerl. Recht, 24, 300 ff. verkennt nicht, daß die Elektrizität nicht körperlich ist, möchte sie aber doch als ‚Sache' im Rechtssinne ansehen, ebenso Warneyer, BGB I, § 90, II; Danz, Ih. Jhbb. 54, 48.

10) Staudinger, II, 3 Vorbem. v. § 631, III, 10.

11) Schnitzler, Diss. 2 ff., 6 ff.; A. Lehmann, Diss. 12.

12) Schnitzler, Diss. 2 u. 8.

13) Dazu Schnitzler, Diss. 6; Pfleghard, Arch. f. bürgerl. Recht, 24, 300 ff. und die oben in Anm. 9 dies. Paragraphen Zitierten; Planck I, Vorbem. v. § 90, 2 c.

handen. Die Abgrenzbarkeit liegt besonders klar zutage. Die Elektrizität ist lokalisierbar, beherrschbar, meßbar. Das Gesetz vom 1. 4. 1898 betr. die elektrischen Maßeinheiten hat dem Bedürfnis nach einheitlichen Verkehrsmaßen Rechnung getragen und eine für den Tauschverkehr brauchbare Messungsweise geschaffen. Auch übertragbar, — transportabel, — ist die Elektrizität, wenn auch nur vermittels eines Leiters, doch ist dies für ihre rechtliche Beurteilung gleichgültig.

Die Gegenständlichkeit der Elektrizität ist denn auch von der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung anerkannt (siehe oben). Das Reichsgericht hat mehrere Male ausgesprochen, daß die Elektrizität ein Erzeugnis sei, das, für den Güteraustausch geeignet, im Verkehr als Ware behandelt wird [14]).

4. Immaterielle Gegenstände.

§ 7. a) Das Unternehmen.

Von den immateriellen Gütern kommen nach den Darlegungen im § 5 d. Arb. nur die gewerblichen Immaterialgüter in Betracht. Hierher gehören das Unternehmen und Bestandteile des Unternehmens, die selbständig veräußert werden können.

I. Die Wissenschaft hat sich mit den schwierigen Fragen, die sich auf das Unternehmen beziehen, gründlich erst seit der letzten Jahrhundertwende auseinandergesetzt, und zwar unter Führung der österreichischen Rechtsgelehrten; in Oesterreich wurden frühzeitig Fragen des Unternehmensrechts gesetzlich erfaßt, während man in Deutschland bis heute noch in dieser Beziehung sehr zurückhaltend gewesen ist, sodaß mangels gesetzlicher Unterlagen die Ansichten der Wissenschaft über mit dem Unternehmen zusammenhängende Probleme sehr auseinandergehen.

II. Schon eine einigermaßen brauchbare Definition des Unternehmens zu geben, macht Schwierigkeiten. Eine absolut ‚richtige', erschöpfende Definition ist wohl überhaupt nicht möglich, da jedes Unternehmen seine charakteristische Prägung durch die Persönlichkeit

---

14) RG. 56, 408; 67, 229; 86, 13; RGSt. 29, 111; 32, 165.

des Unternehmers erhält, im übrigen aber die in Erscheinung tretenden Bestandteile und Beziehungen der einzelnen Unternehmen sehr wechseln. Die Definition muß darum sehr allgemein gehalten sein [1]).

Eine nahezu vollständige Aufzählung der Ansichten über die Rechtsnatur des Unternehmens gibt in anschaulicher Weise J. v. Gierke [2]). Eine Kopie dieser Zusammenstellung erübrigt sich; auf einzelne Ansichten wird einzugehen sein, wenn der Zusammenhang unserer Darstellung das ergibt.

III. Das Wesentliche des Unternehmens ist, daß hier Produktionsmittel aller Art, — körperliche Gegenstände (z. B. Maschinen), Rechte (z. B. Patentrechte, Forderungen), unkörperliche Werte (Erfahrungen) [3]), — einem wirtschaftlichen Zweck untertan gemacht werden, und zwar durch die geistig-organisatorische Tätigkeit des Unternehmers. Dieser schafft durch seine gewerbliche Tätigkeit eine Organisation als Dauerwert, einen Organismus [4]), der seinen Ausdruck findet in der Organisation der Produktion, des Absatzes, der Bezugsquellen; alles von der Organisation Erfaßte dient, greift ineinander zu einem Zweck. — Die Organisation findet ihren Ausdruck in der für jedermann empirisch wahrnehmbaren Wirklichkeit, z. B. in der Anordnung der Maschinen, den tatsächlichen Beziehungen zur Kundschaft, usw. —, so wie die künstlerische Idee ihren Ausdruck im geformten Marmor, in der bemalten Leinwand findet. Das Unternehmen als Organisation ist also Immaterialgut [5]) als Produkt einer geistig-schöpferischen Tätigkeit [6]), ein Persönlichkeitsergebnis [7]), wie es das Kunstwerk auch ist. Ebenso wie dies findet es seinen Ausdruck in der Wirklichkeit: hier wie dort sind geistiger Wert und Ausdrucksmittel (gestaltete Wirklichkeit) eine un-

---

[1]) Vgl. Wolff, Berliner Festgabe für Gierke, 1910, Bd. II, S. 121; J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 1 a.

[2]) Hdlsr. § 14, I, 4, auch über ausländische Rechte.

[3]) Hueck, Diss. S. 32.

[4]) Düringer-Hachenburg I, § 25 Anm. 2.

[5]) Isay, Unternehmen, 27; Pisko, Ehrenb. Hbd. II, 1, 200; RGR.-Komm. § 433 Anm. 6 c; wohl auch Müller-Erzbach, HR. Kap. 18, II; Hueck, Diss. 31 ff. faßt d. Organisation als einen Unternehmensbestandteil auf.

[6]) Staub, HGB III, Vorbem. v. § 373 Anm. 3 a.

[7]) Kohler, Bürgerl. Recht II, 1 § 3, II.

trennbare Einheit, und nur mit dieser gestalteten Wirklichkeit und nur in dieser ist das Unternehmen übertragbar, denn sie ist Träger der organisatorischen Idee, dieses Immaterialgutes. So gehen m. E. die Angriffe Oppikofers [8]) fehl, daß die Organisationswerte keine selbständigen Objekte seien: die Organisation findet ihren Ausdruck in der durch sie gestalteten objektiv-wirkenden Realität [9]), und Form und Inhalt ist nicht trennbar. Auch die Kritik von J. v. Gierke [10]) gegen die Auffassung des Unternehmens als eines tatsächlichen Immaterialgutes ist m. E. nicht durchschlagend. Er sagt, sie widerspreche dem rechtlichen Gehalt der Gesetze, der Rechtswirklichkeit und sei insbesondere unverwendbar für die Vererbung von Handelsgeschäften. Ein Widerspruch gegen die Gesetze besteht darum nicht, weil die Gesetze hierzu schweigen. Was hier „Rechtswirklichkeit" ist, soll ja gerade erst festgestellt werden. Zum Nachlaßvermögen gehören m. E. die tatsächlichen Immaterialgüter auch [11]).

Der Unterschied zwischen einem Kunstwerk im gewöhnlichen Sinn und dem Unternehmen liegt darin, daß dieses ein in sich abgeschlossenes, fertiges, ruhendes Produkt ist, während jenes ein wirkender, lebendiger, in ‚Betrieb' befindlicher ‚Tätigkeitsbereich' [12]) ist, und außerdem, daß das Unternehmen nicht, wie die ‚Geisteswerke', vom Beginn seiner Existenz ab mit Ausschlußrechten bekleidet ist, jedenfalls nicht im juristisch-technischen Sinn. Die Annahme eines gewerblichen Eigentums, oder ‚Quasieigentums' [13]) ist lediglich eine Veranschaulichung der Beziehungen zum Unternehmen (s. o. § 3, II d. Arb.).

IV. Das Unternehmen ist also als Immaterialgut organisatorisch gestaltete Wirtschaftswirklichkeit. Die gegenständliche Abgrenzung des Gegenstandes Unternehmen ergibt sich aus dem Wir-

---

[8]) Oppikofer, Unternehmen, 7 ff.

[9]) Dazu: Ruth, Arch. f. ziv. Pr. 129, 108.

[10]) J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 4 b.

[11]) Diese Möglichkeit führt z. B. an: Jung, BGB § 37.

[12]) J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 1; RG. 70, 230 spricht von der „Lebenskraft, d. i. die Vermögenswerte schaffende Produktivkraft des tatsächl. Ganzen" (d .h. des Betriebes).

[13]) Vgl. J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 2 a und § 14, I, 4 d.

kungsgebiet der Organisation; übertragbar ist es nach positiver Regelung des Gesetzes (§ 22 HGB). Der innere Grund für die Uebertragbarkeit ist die Lösung des Unternehmens vom Unternehmer durch Gestaltung unpersönlicher Wirklichkeit. Allerdings ist ein „Tätigkeitsbereich" geschaffen, d. h. etwas, in dem der Unternehmer nach dessen Gestaltung fortwirkt. — Dieses Wirkungsgebiet ist von der Person des Unternehmers aber nicht gegen seinen Willen ablösbar. Es würde sonst das nach unserer Sitten- und Rechtsanschauung bis zu einem gewissen Grade anzuerkennende Individualitätsrecht auf Betätigung der Persönlichkeit verletzt. So ist insbesondere bei einem zwei Inhabern gemeinsamen Unternehmen der eine Teil nicht gegen den Willen des anderen Teiles befugt und fähig, das Unternehmen zu übertragen [14]). Aber mit dem Willen des Unternehmers ist die objektivierte Organisation übertragbar. Folglich ist beim Unternehmen Gegenständlichkeit im Sinne eines Tauschgegenstandes gegeben. — Als solche veräußerlichen Unternehmen wurden bisher in der Rechtsprechung beispielsweise anerkannt: ein Handelsgewerbe (RG. 63, 57); ein Fabrikunternehmen (RG. 69, 429); ein Zeitungsunternehmen, Zeitungsverlag (RG. 37, 176, (1896); RG. 68, 49; 70, 220; OLG. Recht 1908 Nr. 1774); ein Zeitungsinseratengeschäft (RG. 70, 20); ein Zimmervermietungsgeschäft (RG. 67, 86) u. a.; auf die Arzt- und Rechtsanwaltspraxis wird besonders einzugehen sein, nachdem das Wesen der gewerblichen Unternehmen durch Betrachtung seiner Bestandteile im nächsten Paragraphen klarer erkannt ist.

V. Träger der Organisationsidee sind die verschiedensten Bestandteile, — Sachen, Rechte, unkörperliche Bestandteile mancher Art [15]). Die aktiven Vermögensbestandteile bilden das im Unternehmen steckende Betriebsvermögen, das also aus den zum Unternehmen gehörenden Sachen (= Eigentum an ihnen) und Rechten besteht. Dieses Betriebsvermögen kann auch allein, gesondert von dem Unternehmen, verkauft werden. Dann läge ein Kauf eines Inbegriffs vor, wie er unten, § 17 d. Arb. darzustellen sein wird.

---

[14]) Vgl. RG. Seuff, Arch 59, 11.

[15]) Vgl. § 8 d. Arb.

Das Betriebsvermögen kann aber auch als Bestandteil, Träger der organisatorischen Unternehmenseinheit veräußert werden. Beide Fälle sind zu scheiden [16]). Das Unternehmen kann auch ganz ohne Aktivvermögen als sog. „leeres Geschäft" veräußert werden [17]), doch muß, damit es wirklich übertragen wird, die Fortführung des Unternehmens in seiner lebendigen Eigenart immer möglich sein. Damit die Identität gewahrt bleibt, muß das Wesentliche übertragen werden [18]), — die Niederschläge der Organisation in der Wirklichkeit, also gewisse tatsächliche Beziehungen und Erfahrungen, worauf gleich einzugehen sein wird. Ob das Unternehmen dergestalt übertragen worden ist, ist gegebenenfalls einzeln festzustellen [19]).

§ 8. b) Selbständige Bestandteile des Unternehmens.

I. Das Unternehmen ist, wie im vorigen Paragraphen dargelegt wurde, eine Einheit, doch eine Einheit, in der vielfache und komplizierte Bestandteile enthalten sind. Diese Bestandteile sind in den einzelnen Betrieben je nach dem Wirtschaftszweig sehr verschieden [1]), doch lassen sich gewisse, für jedes Unternehmen charakteristische Bestandteile feststellen, worauf gleich unten einzugehen sein wird. Alle diese Bestandteile, die begrifflich selbständig erfaßbar sind, sind jedoch, das ist noch einmal zu wiederholen, kein bloßes Nebeneinander, keine bloße Summation, sondern sie sind durch den organisatorischen Geist des Unternehmers zusammengeschmolzen, sind Teile eines Organismus, sind Träger des Kunstwerkes Unternehmen, verkörpern es und erfüllen es mit Leben. Die wichtigsten Bestandteile sind die unkörperlichen Bestandteile, als die Teilgebiete der Organisation [2]).

---

16) Vgl. dazu: insbes. Staub, HGB III, Vorbem. v. § 373, Anm. 3 a.

17) Vgl. Staudinger II, 2, § 433, V, 2 c mit Lit.;
KG. LZ. 1908, 82 Nr. 1; Fehlen einiger Bestandteile z. B. RG. 63, 57. RG. 68, 51.

18) Düringer-Hachenburg, HGB. I § 22 Anm. 3; § 25 Anm. 3; Staub, HGB. I § 22 Anm. 6; III. Vorbem. v. § 373 Anm. 3 b; Hueck Diss. 84.

19) Vgl. z. B. RG. 110, 422.

1) Vgl. z. B. RG. 68, 53 u. 55.

2) Hedemann, Allg. Teil § 37 I a 2.

II. Weil im Unternehmen einzelne Bestandteile begrifflich selbständig nebeneinander erkennbar sind, wird das Unternehmen oft als „Inbegriff" [3]) aufgefaßt, als „Summe" [4]) von Gütern oder als „Zusammenfassung" [5]). Hier wird nicht berücksichtigt, daß die Einordnung dieser Bestandteile nicht einfach eine Summation oder eine durch einen wirtschaftlichen Zweck zusammengefaßte Vielheit (Inbegriff) ist, sondern daß sie zusammen einen einzigen, einheitlichen Organismus des Unternehmens als der sie alle umfassenden Organisation ergeben [6]). Es ist keine universitas rerum, sondern eine singularis res vorhanden (Mot. III, 28).

III. Begrifflich selbständig erfaßbare Bestandteile des Unternehmens sind einmal selbstverständlich die Sachen (z. B. Maschinen, Inventar). Dann aber sind, für uns hier von Interesse, gewisse unkörperliche Bestandteile [7]) des Unternehmens selbständig erfaßbar und teilweise auch selbständig übertragbar.

Hier kommen einmal die tatsächlichen Beziehungen zu bestimmten Personenkreisen in Frage, und dann die Geschäftserfahrungen. Zu den ersteren gehören vor allem die Beziehungen zu der Kundschaft, zu den Lieferanten und Kreditgebern und die zu den Arbeitern und den Angestellten des Unternehmens.

Bei diesen letztgenannten Beziehungen als Organisationswerte sind nicht die einzelnen Verträge mit diesen Personenkreisen gemeint, — es handelt sich nicht um Beziehungen, die sich zu rechtlicher Bindung verdichtet haben, wie etwa Kaufverträge, Darlehnsverträge, Arbeitsverträge, sondern um die lediglich tatsächlichen Beziehungen des Unternehmens zu den einzelnen Personengruppen, die rechtlich

---

[3]) Vgl. etwa H. Lehmann, Schuldr. § 47, II, 6; Staub, HGB. I § 22, Anm. 4; Koenige, HGB. § 22 II, 1; Planck I, Vorbem. v. § 90, 3 c: „Rechtsinbegriff"; Hueck, Diss. 15; RG. 70, 22 u. oft; zu allem: J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 4 a.

[4]) Neufeld-Schwarz, Komm. § 22 Anm. 3 a. — Ennecc.-Nipp. Allg. Teil, § 125 a I.

[5]) RG. 70, 223.

[6]) Vgl. Oppikofer, Unternehm. 131.

[7]) Die „unkörperlichen Geschäftswerte" Huecks: Hueck, Diss. 19. Seine klar begründeten Ergebnisse werden im folgenden in vielem als richtig zu Grunde gelegt werden können. Vgl. a. Streißler, 72.

nicht irgendwie festgelegt sind, die aber nach den allgemeinen Erfahrungen bestehen; es sind tatsächliche Beziehungen, deren innerer Grund im Vertrauen der betr. Personen zu dem Unternehmen und in ihrer Gewohnheit zu suchen ist.

IV. Auf das Verhältnis des Unternehmens zu den Kreditgebern und Lieferanten [8]), den „Kredit", braucht nicht näher eingegangen zu werden, weil es offensichtlich selbständig nicht übertragbar ist, also nicht Tauschgegenstand sein kann. Diese Beziehung wird im allgemeinen auf dem Vertrauen zu der persönlichen Zahlungsfähigkeit des Geschäftsinhabers beruhen, oder auf dem Wert des Unternehmens selbst, den Investierungen darin, seinem Organisationswert. Mag dies oder jenes der Fall sein, es springt in die Augen, daß dieses tatsächliche Verhältnis nicht selbständig übertragbar ist. Persönlicher Kredit ist nicht übertragbar und der an das Unternehmen geknüpfte eben nur mit dem Unternehmen zusammen.

Auch die als Teilgebiet der Organisation erfaßbaren Beziehungen des Unternehmers zu den Angestellten und Arbeitern [9]), deren organisches Eingegliedertsein in den Betrieb, ihr auf Vertrauen zum Unternehmen und auf Gewohnheit beruhendes tatsächliches Verhältnis, verkörpert einen Wert. Diese Arbeiter sind eingearbeitet, haben Erfahrungen und Kenntnisse, die neueinzustellende Arbeiter sich erst unter Zeitverlust und mancherlei Lehrgeld erwerben müßten. Dieses Organisationsgebiet, das reibungslose Aufgehen der Arbeiter im Betriebe und ihre wirtschaftlich günstige Einordnung in das Unternehmen, — ein Ausdruck der „inneren Ordnung" [10]) des Unternehmens, — ist offensichtlich auch nur mit dem Unternehmen zusammen übertragbar. Der dargelegte Wert besteht ja gerade in der Einordnung in einen bestimmten Organismus und ist auch nur in diesem konkreten Betriebe erhaltbar und mit ihm zu übertragen.

V. Als letztes als Organisationsbestandteil selbständig erkennbares tatsächliches Verhältnis von Wichtigkeit ist das Verhältnis

---

[8]) Hueck, Diss. 26 ff.

[9]) Hueck, Diss. 28 ff.

[10]) J. v. Gierke, Hdlsr. § 14 I, 1 a.

zu den Kunden zu nennen [11]). Kunden, die gewohnheitsmäßig längere Zeit mit einem Unternehmen in Verbindung stehen, die mit den daselbst bezogenen Waren gute Erfahrungen gemacht haben und so Vertrauen gewonnen haben, werden ohne besonderen Grund nicht ihre Bezugsquelle wechseln. Dieses „Eingeführtsein" ist von erheblichem wirtschaftlichen Wert: Reklame aller Art (Anzeigen, Rabatt) erübrigen sich nach Anknüpfung dieser Beziehungen in weitem Umfange. Auch diese Kundschaft ist ebenso wie die beiden anderen tatsächlichen Beziehungen [12]) ein Verhältnis zu einem bestimmten Unternehmen, abgesehen von dem hier nicht interessierenden Kunden, die gerade dem Unternehmer persönlich vertrauen, denn solch Vertrauen ist auch mit dem Unternehmen zusammen nicht übertragbar. Der auf dem Vertrauen und der Gewohnheit beruhende Willen, gerade bei dem einen Unternehmen zu kaufen (vgl. „goodwill"), beruht auf gewissen Unterlagen, die mit dem Unternehmen zusammen übertragbar sind: auf der vom Unternehmer gestalteten tatsächlichen Produktionsweise (Bezugsquellen, verwendete Maschinen und Geräte), auf Eigenschaften des Unternehmens (guter Ruf) [13]), auf bestimmten Kennzeichen [14]) des Unternehmens (Warenzeichen, Firma [15]), Zeitschriftentitel [16]). Mit der Uebertragung dieser Unterlagen des Vertrauens, insbesondere der Kennzeichen, wäre mittelbar das Vertrauen selbst übertragbar, und auch die Gewohnheit würde die Kunden weiterhin veranlassen, die durch die übertragenen Unterlagen gekennzeichneten Waren zu beziehen. Aber, abgesehen davon, daß durch die Abtrennung derartiger Organisationswerte das

---

[11]) Hueck, Diss. 20 ff.

[12]) Diese tatsächl. Beziehungen nennt man oft „Aussichten", „Chancen", „Gewinnmöglichkeiten", weil sich in ihnen eine gewisse Gewinnaussicht verkörpert.

[13]) Hueck, Diss. 22 betrachtet ihn als Bestandteil d. Unternehm.; wie hier J. v. Gierke, Hdlsr. § 14, I, 1 a.

[14]) Die Kennzeichen sind aber nur Namen für schon bestehende körperl. u. unkörperl. Bestandteile d. Unternehmens od. f. d. Unternehmen selbst, nicht selbst Unternehmensbestandteile. Vgl. RG. Seuff. Arch. 59, 11.

[15]) RG. 70, 229.

[16]) RG. 68, 49 ff. ibs. 55.

Unternehmen selbst zerstört werden könnte [17]), würde solche „leere Uebertragung" der werbenden Unterlagen das Vertrauen der Bezieher täuschen [18]). Es könnte z. B. ein anderes minderwertiges Produkt mit einem alten vertrauenerweckenden Kennzeichen bezeichnet werden. Solche leere Uebertragung ist aus volkswirtschaftlichen und ethischen Gründen wenig wünschenswert: unlautere Konkurrenz würde das Vertrauen zwischen Konsumenten und Produzenten gefährlich erschüttern. Daher ist gesetzlich solche Uebertragung für die wichtigsten Kennzeichen verboten (Firma: § 23 HGB.; Warenzeichen: § 7 WZG.). Für ähnliche Bezeichnungen: Etablissementsname, Geschäftsbezeichnungen, Zeitschriftentitel [19]), ist eine Gesetzesanalogie zu diesen Bestimmungen wohl angebracht, denn das Ziel des Gesetzes, Schutz des Vertrauens des Publikums, ist dasselbe. Auch aus dem Gedanken des unlauteren Wettbewerbs (§ 1 UWG) gegenüber den Konkurrenten wäre eine solche Uebertragung verboten, und sie verstieße auch allgemein gegen die guten Sitten (§ 826 BGB) [20]).

VI. Eine Uebertragung der Kundschaft in dem Sinne, daß die alten Beziehungen erhalten bleiben, ist also nur möglich, wenn das Unternehmen selbst mit allen die Kundschaft anziehenden Faktoren übertragen wird [21]). Die Aufgabe der gewerblichen Stellung, die jemand einnimmt und an die sich natürliche Beziehungen zu dem Kundenkreis knüpfen, bringt die Uebertragung der Kundschaft mit sich [22]), das Unternehmen wird mit seiner „Werbekraft" [23]) übertragen.

Ohne das Unternehmen ist die Kundschaft nicht übertragbar, also kein Tauschgegenstand. Wenn mitunter trotzdem von dem Kauf einer Kundschaft ohne Unternehmen gesprochen wird, so liegen in

[17]) Oppikofer, Unternehm., 6.

[18]) Hueck, Diss. 80, 85.

[19]) Vgl. Hueck, Diss. 86 87; für Zeitschriftentitel RG. 68, 55.

[20]) Vgl. RG. 142, 347.

[21]) Geg. solche leere Uebertragung auß. Hueck, Diss. 82: Matthiaß BGB., § 103, II a; Oppikofer, Unternehm. 6; Pisko, Unternehm. 88 Anm. 1; Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 357; dies ist wohl auch d. Sinn d. Ausführungen von Düring.-Hachenb. V, 1 Einleitung z. § 373 Anm. 7, der den Kauf der Kundschaft überhaupt ablehnt.

[22]) RGR.-Komm. § 433, 6 c; RG. 95, 37; RG. JW. 1905, 389 Nr. 7.

[23]) Hedemann, Schuldr. § 37, I a 2; RG. 70, 23.

Wirklichkeit andere Verträge vor. Abgesehen von dem kein juristisches Interesse erregenden Fall, daß der Erwerber einfach in die Vertragsverhältnisse zwischen dem Unternehmen und der Kundschaft eintritt (Zession der Forderungen gegen die Kunden) oder daß Zwangs- und Bannrechte, die die Kunden rechtlich binden, übertragen werden, liegen dann vor allem häufig Verpflichtungen zu Unterlassung (Konkurrenzenthaltung) oder positivem Handeln (Empfehlungen) vor [24]. Hier könnte man höchstens von einer indirekten Uebertragung der Kundschaft reden [25]. Weil kein selbständiges Tauschobjekt vorhanden ist, liegt in solchen Fällen kein Kauf vor. Daß die Parteien selbst den Vertrag „Kauf" nennen, ist „an und für sich kein Grund für die Annahme eines wirklichen Kaufvertrages" [26].

VII. Vielfach wird die Kundschaft als spes im Sinne der emtio spei angesehen. Auf die emtio spei wird unten im § 20 dieser Arb. allgemein einzugehen sein.

VIII. Wie zu Eingang dieses Paragraphen gesagt wurde, sind außer den eben als nicht selbständig übertragbar erkannten Beziehungen als selbständige Teilgebiete der Organisation die Geschäftserfahrungen erkennbar [27]. Diese sind Erscheinungsformen der inneren Organisation des Betriebes, die nicht Beziehungen zu irgend wem, also nicht relativiert sind. Sie sind darum von vornherein unabhängiger, selbständiger als die oben dargelegten Organisationswerte. — Zu den Geschäftserfahrungen gehören im weitesten Sinne alle im Unternehmen möglichen Erfahrungen über Produktion, Propaganda, Absatz. Größtenteils werden solche Erfahrungen Ausdruck in der Organisation des Betriebes selbst gefunden haben: in der Anordnung der Maschinen, dem angewandten Ver-

---

[24]) Diese Ansicht vertritt für alle Fälle d. Uebertragung d. Kundschaft Leonhard, Lehrb. in kurz. Sätzen, 82 und Bechmann II, 141. In dieser allgemeinen Form dürfte dem also nicht beizupflichten sein.

[25]) Ein solcher Fall in RG. 95, 36, wo ein Unternehmer zu Gunsten eines anderen sein Geschäft aufgibt, damit dieser durch d. Wegfall seiner Konkurrenz mehr Kunden gewinne. Hier ist Konkurrenzenthaltung vereinbart u. eine Art „Geschäftsvermittlung"" (Kundenempfehlung) nach RG. 95, 38.

[26]) Vgl. Staudinger II, 2 § 433, V 2 c mit Lit.

[27]) Hueck, Diss. 29 ff.

fahren einer Warenherstellung, der Verwendung der einzelnen Arbeiter. Sie sind meist objektiviert, haben Ausdruck gefunden in Büchern, Zeichnungen, Apparaten, und sind nicht nur rein persönliche Kenntnisse des Unternehmers. Viele solche Erfahrungen werden nur in der Eigenart eines Unternehmens verwertet werden können, etwa die Erfahrung, wozu der Arbeiter X sich seinen Fähigkeiten nach am besten eignet. Andere Erfahrungen haben aber allgemeinen Wert, etwa Herstellungsverfahren (Rezepte), Erfindungen, Erfahrungen über den Bezug und Absatz von Waren. Diese haben dann selbständigen Wert, auch soweit sie nicht rechtlich bekleidet sind, — etwa, wenn dies ihrem Inhalt nach möglich wäre, patentiert sind.

Geheimhaltung ist nicht begriffswesentlich für derartige Erfahrungen [28]), wenn sie auch im allgemeinen aus Konkurrenzgründen vorliegen wird („Geschäftsgeheimnisse").

IX. Aus der allgemeinen Verwertungsmöglichkeit, dem Allgemeinwert derartiger Erfahrungen ergibt sich, daß sie selbständig übertragbar sind. Ihre Uebertragbarkeit ist zwar nicht so vollkommen wie z. B. die beweglicher Sachen, weil der Uebertragende ja im allgemeinen seine Erfahrung im Gedächtnis behält. Aber man kann es nach allgemeiner Anschauung schon als Uebertragung bezeichnen, wenn man einem andern die Erfahrung so zugänglich macht und übermittelt, daß er sie zu seiner Verwertung beherrschen kann. Es mag jedenfalls die Uebertragbarkeit einstweilen unterstellt werden; unt. § 16, III d. Arb. wird noch einmal darauf zurückzukommen sein. Die eigentliche subjektive Urheberschaft kann und soll nach dem Vertragsinhalt nicht übertragen werden, sondern der allgemeingültige objektivierte Gedanke. Eine davon ausgehende Kritik Leonhards [29]) geht fehl.

Zu der Gegenständlichkeit der Erfahrungen gehört aber auch, daß sie faßbar und abgrenzbar sind. Eine körperliche Abgegrenztheit kommt hier natürlich ebensowenig in Betracht, wie bei dem Immaterialgut des Unternehmens. Aber die Abgrenzung ist ge-

---

[28]) Isay, Unternehmen, 30.

[29]) Leonhard, Schuldrecht II, 2, 6/7; vgl. a. RG. 75, 225 (228).

geben, insofern dieses Gut als abgeschlossen, selbständig, individuell existierend vorgestellt wird, nicht mehr bloß als Funktion des Menschen [30]). Das Erfordernis einer bereits vollzogenen Verkörperung in irgend einer wirtschaftlichen Veranstaltung, das Oertmann [31]) für die „Objektivierung", Vergegenständlichung aufstellt, ist wohl nicht erforderlich. Auch ein Verfahren, das noch nicht irgendwie Anwendung gefunden hat, kann veräußert werden.

Nach der Anregung eines Reichsgerichtsurteils [32]) wird oft gesagt, Mitteilung eines Einfalls, eines Gedankens, genüge nicht, was offenbar heißen soll, daß dieser „Gedanke" als nicht vergegenständlicht kein Tauschobjekt sein könne. Ein Gedanke ist ja an sich nur das Ergebnis des Denkens, also ein ziemlich uncharakteristisches Wort, denn wenn der Gedanke, etwa eine Erfindung, ein Rezept [33]), nach unserer Vorstellung so abgeschlossen, fertig ist, daß er nicht mehr eine Persönlichkeitsfunktion, den Denkvorgang, darstellt, ist er eben vergegenständlicht. Wann der Gedanke so zu Ende gedacht, präzisiert ist, daß man von einer Selbständigkeit, Gegenständlichkeit reden kann, wird von Fall zu Fall nach der Auffassung des Verkehrs entschieden werden müssen. Einen gewissen Anhalt wenigstens für Erfindungen und wohl für alle in Frage stehenden Erfahrungen wird man in den Erfordernissen des § 20 Patentgesetz finden können, daß nämlich die Erfindung so klaren Ausdruck gefunden hat, daß nach ihrer Beschreibung „die Benutzung derselben durch andere Sachverständige möglich erscheint". Abgelehnt wurde diese Gegenständlichkeit z. B. in einem Fall, wo der Kläger für die Mitteilung des Gedankens an einen Gutsbesitzer, er solle sein Grundstück durch Errichtung einer Schweinemast nutzbringend verwerten, eine angemessene Vergütung forderte [34]).

Wie die Uebertragung solcher Erfahrungen vor sich geht, wird unten, bei der Darlegung der Pflichten aus einem über ein derartiges Immaterialgut abgeschlossenen Vertrage darzulegen sein (§ 16 d. Arb.).

---

[30]) Bechmann II, 119.

[31]) Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 359.

[32]) RG. Gruch. 58, 655 = Recht 1913 Nr. 3227.

[33]) OLG. 28, 106; RGR.-Komm. § 433 Anm. 6 c.

[34]) RG. Gruch. 58, 655.

§ 9. c) Die Arzt- und Rechtsanwaltspraxis.

I. Die Praxis wird in Lit. u. Jud. oft als Tauschobjekt neben das Unternehmen gestellt. Logischerweise wäre sie dort zu behandeln gewesen. Es ist jedoch zweckmäßig, erst hier auf die Praxis als Tauschobjekt einzugehen, nachdem wir durch Betrachtung der Organisationsteile des Unternehmens im vorigen Paragraphen klarer ersehen haben, wie durch die Objektivierung der Organisationswerte in gewissen Unterlagen die Uebertragung dieser Werte und damit des Unternehmens als Organisation überhaupt möglich ist. Denn es ist besonders zweifelhaft, inwieweit sich bei einer Praxis die immateriellen Werte an die unpersönliche Wirklichkeit knüpfen [1]), sich also von der Persönlichkeit des Organisators gelöst haben, und der Betrieb in gewissem Umfange nunmehr sein eigenes, von der Person des Unternehmers unabhängiges Leben führt. Diese „Unternehmen" des Arztes, Rechtsanwalts, sind ihrem eigentlichen Wesen nach fast völlig abhängig von der Persönlichkeit des sie Betreibenden. Die Werbekraft der Praxis knüpft sich im wesentlichen an subjektive Eigenschaften des Arztes, Anwalts (an seine Fähigkeit) — nicht an objektive Momente, wie werbende Kennzeichen [2]). Wenn der Arzt, Rechtsanwalt, sich daher der Praxis entäußert, sie veräußert, verliert sie ihr inneres Leben [3]), denn sie hat im allgemeinen nicht objektivierte Selbständigkeit. Und doch wird in Theorie und Praxis vielfach von dem „Verkauf der Praxis" eines Arztes, Anwalts, gesprochen, der wie der Kauf eines gewerblichen Unternehmens zu behandeln sei [4]). Es wird also vorausgesetzt, daß ein Tauschobjekt, ein Gegenstand, auch hier vorliege.

---

[1]) Vgl. Oppikofer, Unternehmen, 11.

[2]) Vgl. Oppikofer, Unternehmen, 10 ff. Ruth, Arch. f. ziv. Pr. 121, 108, 109 wendet sich geg. eine zu scharfe Betonung d. subjekt. Moments in der Praxis.

[3]) Vgl. Kohler, Bürgerl. Recht II, 1 § 114, II u. Müller-Erzbach, Hdlsr., Kap. 19 A i. Ebenso d. Ansicht d. Berufungsgerichts zu RG. 115, 174, in RG. a. a. O. zitiert.

[4]) so z. B. ohne nähere Begründung, RG. 66, 139 = JW. 1907, 473 = Recht 1907 Nr. 3256. RG. Warn. E. 1909, 5; Hedemann, Allg. Teil § 37, I a 2.

II. Eine objektivierte Organisation in der Praxis selbst, — als tatsächliche Beziehungen der Angestellten zur Praxis, wird in den seltensten Fällen vorliegen. Eine Arztpraxis mit krankenhausmäßiger Einrichtung, eine groß ausgebaute Zahntechnikerpraxis, ein großes Rechtsanwaltsbüro mit mehreren Mitarbeitern, können sich allerdings schon, unternehmensähnlich, so sehr von der Persönlichkeit des geistigen Vaters dieser Praxis gelöst haben, daß eine Objektivierung, Entäußerbarkeit gegeben ist. Dann wird auch das Vertrauen des Publikums mehr an die Praxis, als an eine bestimmte Persönlichkeit anknüpfen.

Aber wenn ein solcher Fall nicht vorliegt, wenn es sich z. B. um eine Hausarztpraxis handelt, fallen die objektivierten Unterlagen der Organisationswerte fast ganz weg. Firma, Warenzeichen u. dergl. sind dem Handelsgewerbe vorbehalten. Innere Organisation ist nach den angenommenen Umständen nicht vorhanden. „Geschäftserfahrungen" werden kaum zu übermitteln sein, denn diese bestehen in wissenschaftlichen Kenntnissen, die auf der Universität zu erwerben sind. Der ausschlaggebende Werbefaktor ist das Können des Arztes, Rechtsanwalts. Die einzigen als Werbefaktoren in Frage kommenden objektiven Unterlagen werden die Geschäftsräume der Praxis sein. An sie werden sich gewisse Gewohnheitsbeziehungen der Patienten, Klienten knüpfen [5]). Oder etwa an ein Haus, dem eine Arztpraxis „anklebt" [6]). Dies sind jedoch immerhin nur schwache Unterlagen für das tatsächliche Verhältnis zu den Patienten, Klienten. In den nüchterneren, unpersönlichen Großstädten werden solche Beziehungen zu den Räumen oft ganz fehlen. — Meist wird in den Fällen eines „Praxisverkaufs" einfach ein Verkauf des Inventars der Praxis, also einer Sachgesamtheit, anzunehmen sein, evtl. verbunden mit Konkurrenzenthaltungs- und Arbeits-(Empfehlungs-)Verträgen, soweit diese zulässig sind [7]). Wie oben in § 8, VI dargelegt, liegt dann höchstens eine indirekte Uebertragung der

---

[5]) RG. 115, 173.

[6]) RG. zit. in RG. Warn. Entsch. 1909, 6.

[7]) Immer nimmt derartige Verträge an: Oppikofer, Unternehmen 12, Anm. 1; über die Zulässigkeit vgl. unt. § 15, V d. Arb.

Kundschaft vor. Selten wird es sich um den Kauf einer Praxis als Immaterialgut handeln [8]). Innere Organisationswerte liegen ja im allgemeinen nicht vor; es kommen nur die tatsächlichen Beziehungen zur Umwelt in Betracht. Und auch diese sind mehr eine auf der forttreibenden Schwerkraft der Gewohnheit beruhende Nachwirkung alter Beziehungen, als ein mit Gewißheit zu erwartendes, vom Vertrauen zum unpersönlichen Unternehmen getragenes, Festhalten der Kundschaft eines Gewerbes. — Auch wird die Praxis in ihrer Eigenart „as a going concern" nicht übertragen, denn diese bekommt sie durch die Persönlichkeit des Inhabers. Es werden als Organisationswerte nur die mitunter in manchen Fällen als objektiviert anzuerkennenden Beziehungen zur „Kundschaft" übertragen. Und selbst die Uebertragbarkeit der Praxis in diesem Sinne wird dadurch besonders erschwert, daß eine Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung und gar zur Empfehlung des Nachfolgers meist gegen die guten Sitten verstößt, sodaß eine Praxis effektiv in vielen Fällen nicht übertragbar, also kein Tauschobjekt ist [9]). Vgl. dazu auch unten § 15 V d. Arb.

§ 10. 5. Die Inbegriffe.

Die Inbegriffe sind entweder Sachinbegriffe oder Rechtsinbegriffe. Ihre Gegenständlichkeit ergibt sich daraus, daß alle ihre einzelnen Bestandteile, — Sachen oder Rechte —, Gegenstände sind.

I. Beim Sachinbegriff (Sachgesamtheit, universitas rei) [1]), bildet die Gesamtheit der Sachen ein wirtschaftliches Ganzes; sie ist

---

[8]) Pisko, Ehrenb. Hdb. II, 1, 221 Anm. 3; Hueck, Diss. 82; OLG. 6, 33 nimmt einen „eigenartigen Vertrag" an.

[9]) Die Plenarentscheidung des RG. v. 23. 3. 1934, — I 214/33 in JW. 1934. 1641 Nr. 1, die nach Fertigstellung der Diss. erging, geht im Zusammenhang mit § 1822 Nr. 3 BGB eingehend auf den Charakter der Arztpraxis als eines Erwerbsgeschäfts und auf die Uebertragbarkeit der Praxis nach dem Tode des Inhabers ein. Es wird abgelehnt, daß ein Erwerbsgeschäft vorliege und ausführlich aufgezeigt, daß mit dem Leben des Arztes das Leben der Praxis erlischt. Das RG. kommt also zu grundsätzlich derselben Anschauung, die in der Diss. vertreten wurde.

[1]) Vgl. darüber ibs. Oertmann, Arch. f. ziv. Pr. 136, 86 ff.

einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck unterstellt. Diese wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der Sachen gibt Anlaß, daß man diese Sachen auch als geistige Einheit betrachtet [2]), ihr z. B. einen zusammenfassenden Namen gibt: Bibliothek, Herde, Inventar, Serie Briefmarken, und allgemein anerkennt, daß diese Einheit als solche Gegenstand eines obligatorischen Vertrags sein kann [3]). Man ist sogar soweit gegangen, daß man von einer Gesamtsache sprach, die dinglicher Rechte, insbesondere des Eigentums, fähig sei [4]). Danach läge ein gewöhnlicher Sachkauf vor, der ohne weiteres unter die diesbetreffenden Regeln des Gesetzes fiele. Aber die weitaus herrschende Meinung (vgl. Anm. 4 dieses Paragraphen) verwirft diese Betrachtungsweise, da sie gesetzlich nicht anerkannt ist: im § 92, II BGB wird z. B. zwischen Sache und Sachinbegriff geschieden. Das Gesetz denkt hier noch „atomistisch" römisch. — Andererseits wird aber auch nicht eine Summe von beliebigen Sachen veräußert, sondern eben eine gegenständliche, wirtschaftliche Zweckeinheit, woraus sich für einen über sie abgeschlossenen Vertrag Besonderheiten ergeben (vgl. § 17 d. Arb.). — Nicht etwa Sachgesamtheiten sind Sandhaufen, Bienenschwärme und ähnliche derartige Einheiten, die aus gleichartigen, für sich allein unter gewöhnlichen Umständen im Wirtschaftsverkehr wertlosen Teilchen bestehen; das Recht faßt sie als e i n e Sache auf, und an ihnen ist Eigentum möglich.

II. Die Rechtsinbegriffe, universitates iuris, sind die verschiedenen Vermögen: das Gesamtvermögen einer Person und die zu gewissen Zwecken in bestimmten Beziehungen verselbständigten Sondervermögen. Es handelt sich wiederum um eine Wirtschaftseinheit, die durch ein Subjekt oder durch einen bestimmten Zweck zusammengehalten wird [5]). — Ein „Vermögen" ist der wirtschaftliche Herrschaftskreis jemandes, über den er zu seinem Vorteil und für seine

---

[2]) Vgl. Jung, BGB., § 213.

[3]) Oertmann, a. a. O., 89; H. Lehmann, Allg. Teil § 48, I, 2 b β.

[4]) Vgl. b. Oertmann, BGB. I Vorbem. v. § 90, 2 b β; Arch. f. ziv. Pr. 136, 89; Planck I Vorbem. z. § 90 Anm. 3 b mit Lit. für u. gegen. Gegen diese Auffassung die h. M., vgl. ibs. H. Lehmann, Allg. Teil § 48, I 2 b α; Staudinger I Vorbem. vor § 90 IV. Von „körperlicher Sache" spricht z. B. Warn. BGB. I § 90, III.

Rechnung verfügen kann. Nicht gehören in das Vermögen reine Personenrechte, sondern Rechte mit personenrechtlichem Einschlag erst dann, wenn der wirtschaftliche Inhalt überwiegt, das Recht als Wertträger betrachtet wird. Zum Vermögen muß man m. E. auch die nicht rechtsbekleideten Immaterialgüter rechnen, soweit sie gegenständlich sind [6]. Sonst gehörte ja z. B. ein Unternehmen nicht zum Nachlaß.

Ein Einzelrecht am Vermögen ist mit der h. M. [7] nicht anzuerkennen. Die gegenteilige Meinung, z. B. des Deutschrechtlers O. v. Gierke, der nach altdeutschem Vorbild am Vermögen ein dem Eigentum entsprechendes Recht annehmen möchte, entbehrt der gesetzlichen Unterlagen und ist daher abzulehnen.

Im übrigen ist jedoch „Vermögen" kein einheitlicher Begriff. Es ist bald die Gesamtheit der Vermögensgegenstände, das Aktivvermögen [8], bald die Gesamtheit aller der vermögensrechtlichen Beziehungen, mit Einschluß der Schulden, das reine Vermögen; doch ist letzteres strittig [9].

„Sondervermögen" sind die Vermögensinbegriffe, die in verschiedenen Beziehungen (Surrogation, Haftung) von dem übrigen Vermögen verschieden behandelt werden, insbesondere familienrechtliche Sondergüter, auch der Erbhof nach dem Reichs-Erbhof-Gesetz. Im einzelnen bestehen für die verschiedenen Sondergüter mannigfache Regelungen. — „Selbständige Sondervermögen" [10] als besondere Kategorie sind abzulehnen, da bei der Annahme einer solchen Betrachtung die Gefahr der Verwechselung solcher Vermögen mit einer juristischen Person nahe läge [11].

---

[5]) H. Lehmann, Allg. Teil, § 48 I 2 c; Oertmann I Vorbem. z. § 90, 2 b α mit Lit.

[6]) Jung, BGB. § 37; a. A. z. B. v. Tuhr, Allg. Teil § 13, II; Enecc.-Nipperdey, Allg. Teil § 124, I, 3; vgl. a. § 7, III d. Arb.

[7]) Vgl. Anm. 5 dieses Paragraphen.

[8]) So im § 419 BGB.; vgl. RG. 69, 285.

[9]) Vgl. Lit. bei Planck I Vorbem. v. § 90, 3 c α.

[10]) Hellwig, Zivilprozeßrecht I §§ 44 ff.

[11]) Zu allem Planck, a. a. O., 3 c β; Oertmann I, Vorbem. v. § 90 Anm. 5.

II. Möglichkeit einer Kaufanalogie bei der Veräußerung und Entäußerung der festgestellten Tauschgegenstände.

§ 11. A) Die wichtigsten heranzuziehenden Bestimmungen des (Sach-)Kaufs nach der Regelung im BGB.

I. Es ist festgestellt worden, welche gegenständlichen Werte, die nicht Sachen oder Rechte sind, für den Tauschverkehr sich eignen. Nunmehr ist zu untersuchen, inwieweit die Kaufregeln des BGB analog auf Verträge anwendbar sind, die die Uebertragung dieser Güter bezwecken. Im weiten Sinn, nach wirtschaftlicher Auffassung, könnte man jede auf (wirtschaftlich-endgültige) Uebertragung gegen Geld hinzielende vertragliche Bindung als Kauf bezeichnen. Im Rechtssinne ist jedoch der Kauf durch seine nähere Regelung im Gesetz ein technischer Begriff geworden. Nur eine Veräußerung, die dem im Gesetz geregelten Kauf entspricht, für die eine entsprechen-Anwendung der typischen rechtlichen Kaufmerkmale nötig und zweckmäßigerweise möglich ist, wird man rechtlich als Kauf im engeren Sinne ansehen können. Wenn die Eigenart des Vertragsgegenstandes auf ganz andere Fragen hinweist, als sie im geregelten Kauf aufzutauchen pflegen, so kann man einen Veräußerungsvertrag darüber rechtlich kaum noch als Kauf bezeichnen; vielmehr wird man sich nach einem anderen, seiner Regelung und seinem wirtschaftlichen Gehalt nach mehr anklingenden Vertragstypus umsehen, oder, falls auch ein solcher fehlt, einen Vertrag eigener Art annehmen müssen. Zwar sind fast alle Regeln des Kaufs dispositiv. Aber ein „Kauf" wird nur dann vorliegen, wenn die gesetzliche Regelung auf den in Frage stehenden Vertrag seinem Wesen nach da Anwendung finden könnte, wo es im Einzelfall anders bedungen werde. Die zwingenden Voraussetzungen können selbstverständlich nicht wegvereinbart werden. — In Zweifelsfällen ist es oft Geschmackssache, ob man

noch von Kauf sprechen will, wenn einige Kaufregeln passen, andere nicht. Doch wird man in der Regel verlangen müssen, daß wenigstens wesentliche Regelungen aus den „Allgemeinen Vorschriften" des Kaufes (§§ 433—458 BGB) anwendbar sind, und zwar, wie oben, § 3, V d. Arb. ausgeführt, außer bei dem nach seinem Gegenstand abseits liegenden [1]) Lizenzvertrag nur die des „Sachkaufs". Da, wo die Natur des Vertragsgegenstandes die Anwendung der besonderen Vorschriften des Gesetzes über den Sachkauf (§§ 459 ff. BGB) erfordert und möglich macht, liegt zweifelsfrei ein Kauf im engeren Sinne vor. Die Kaufregeln werden zwar auch hier nur analog angewendet, aber im praktischen Ergebnis läuft das auf ungefähr dasselbe hinaus, als ob ein direkter Kauf vorliegt. Es ist zunächst eine Uebersicht über die den Sachkauf kennzeichnenden gesetzlichen Vorschriften zu geben, die für eine Analogie von Bedeutung sind.

II. Allgemeine Vorschriften [2]). Die Grundverpflichtungen des Verkäufers stellt § 433 auf: tatsächliche Verschaffung der Sache durch Uebergabe und Rechts-(Eigentums-)Verschaffung. Daß die letztere wegfällt, wurde oben im § 3, II d. Arb. zu einem Kriterium der hier zu behandelnden Verträge gemacht. Ebenso ist auch die Bestimmung für uns gegenstandslos, daß der verkaufte Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen sei (§ 434), denn solche (dinglichen) Rechte können ja nur an Sachen und Rechten bestehen. Aus demselben Grunde entfällt die Entwerungshaftung des §§ 440, 441. (§§ 434, 440 können beim Besitzkauf, § 434 beim Lizenzverkauf Anwendung finden; diese beiden Verträge gehören ja ihrem Gegenstand nach nicht zu den Nicht-Sach- bez. Rechtskäufen des BGB; ihre Darstellung wird aber durch die Uebergangsstellung gerechtfertigt, die sie zwischen dem gesetzlich geregelten Kauf und den hier nach dem Titel der Arbeit darzustellenden Kaufverträgen einnehmen: vgl. unt. §§ 12, 13 d. Arb.).

Die Regelung des Gefahrübergangs (§§ 446 ff.) wird oft Anwendung finden können: der Käufer wird also nicht frei, wenn nach

---

[1]) Ein Eingehen auf d. Regeln d. „Rechtskaufs" empfiehlt sich deshalb nicht.

[2]) Vgl. dazu: Ennecc.-Lehmann, Schuldr. §§ 101 ff.
Bondi, im Hdwb. d. Rechts III, 505 ff.

dem Gefahrübergang der Kaufgegenstand sich zufällig verschlechtert oder untergeht, — eine Spezialregelung zu § 323 BGB. Es wird allerdings auch nach dem Wesen des Vertragsgegenstandes ein solcher Untergang oder eine solche Verschlechterung tatsächlich kaum möglich sein, insbesondere bei den Immaterialgütern. Die Kostenverteilung des § 448 und, falls etwa bei einem Unternehmenskauf ein Grundstück Unternehmensbestandteil ist, — des § 449 wird oft für den Vertrag brauchbare Auslegungsbestimmungen enthalten, ebenso die Bestimmungen des § 450 über den Ersatz für Verwendungen des Verkäufers nach Gefahrübergang. Immer wird die Regelung der Verzinsungspflicht des Käufers von dem Zeitpunkt an, von welchem ihm die Nutzungen des Kaufgegenstandes gebühren (§ 452), anwendbar sein [3]. Die übrigen Regelungen der „Allgemeinen Vorschriften" interessieren nicht, denn darin sind Tatbestände geregelt, die wegen der Natur aller in Frage stehenden Vertragsgegenstände nicht praktisch werden können (§§ 453, 455 ff.), oder die von Verkäufer r e c h t e n handeln, während in der vorliegenden Arbeit ihrer Zielsetzung nach nur von den Verkäuferpflichten die Rede sein soll: nur ausnahmsweise auch einmal (§ 452) von der mit diesen Verkäuferpflichten in enger Wechselwirkung stehenden Käuferpflichten der Verzinsung des Kaufpreises.

III. Besondere Vorschriften über den Sachkauf [4]. Ganz besonders charakteristisch für den Sachkauf sind die (abdingbaren) Gewährleistungspflichten des Verkäufers, §§ 459 ff. — Es kann hier nicht auf die nähere Regelung aller ihrer Folgen eingegangen werden, sondern es sind lediglich die grundlegenden Voraussetzungen für diese Haftung darzustellen.

Der Verkäufer haftet einmal dafür, daß die verkaufte Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 459, I). „Fehler" ist dabei die für den Käufer ungünstige Abweichung von der normalen Beschaffenheit der Sache.

---

[3]) Vgl. Cosack, BGB I § 194, II.

[4]) Vgl. dazu: Knoke, im Hdwb. d. R. II, 894 ff.; Staub, HGB, V, 1 § 377, Anm. 5, 39 ff.

Ferner haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat. Bloße Anpreisung ist noch keine ‚Zusicherung', vielmehr muß der zusichernde Verkäufer für seine Zusicherungen einstehen wollen, — und weiterhin verlangt die h. M., daß die Zusicherung zum Vertragsinhalt gemacht worden ist, um die Mängelhaftung auszulösen; gegebenenfalls wäre sie dann mit dem Kaufvertrag zusammen auch formbedürftig (§ 313 BGB: vgl. RG. 52, 1 ibs. 5). — Zu den Eigenschaften gehören nach der Rechtsprechung des RG.s nicht nur die natürlichen [5]) Eigenschaften der Sache, sondern auch solche außerhalb ihrer selbst liegenden tatsächlichen oder rechtlichen [6]) Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen [7]). Der Wert selbst ist jedoch nach RG. keine solche Eigenschaft, sondern nur die den Wert bestimmenden Faktoren [8]). Diese Erweiterung muß m. E. auch für die Mängel des § 459, I angenommen werden, denn „Fehler" sind negative Eigenschaften [9]).

---

[5]) Doch sind diese die in erster Linie in Frage kommenden: RGR.-Komm. § 459, 1.

[6]) Dazu Wiesmann, Diss. 16, 35; Jung, BGB. 590.

[7]) Vgl. z. B. RG. 63, 61 mit Jud. (= JW. 1906, 305 Nr. 11).

[8]) Vgl. b. Staub, HGB. V, 1 § 377 Anm. 39 a ff.

[9]) RG. Warn. E. 1912, 275 Nr. 240 ist and. Ansicht, aber ohne nähere Begründung. In dem zur Entscheid. stehenden Fall war das für einen Mühlenbetrieb erforderliche Treibwasser nur precario von einem Untersagungsberechtigten gewährt worden, ohne daß der Erwerber darum wußte. Selbstverständliche Vertragsvoraussetzung war m. E. doch die dauernde Gebrauchsmöglichkeit der gekauften Mühle und nicht ein durch eine jederzeit mögliche Wasserentziehung ständig lahm zu legender Mühlbetrieb. — Es wird am Ende der Entscheidung bei der Erörterung der Anwendbarkeit des § 119 BGB das gesagt, was m. E. schon zu erörtern war, als die Anwendbarkeit des § 459 untersucht wurde.

Im rechtlich ähnlich liegenden Fall in RG. 69, 429 ist = JW. 1909, 15, Nr. 9, wo ein Dritter auf Grund eines ihm zustehenden Patentrechts den Betrieb des Unternehmens untersagen konnte, wurde die Anwendbarkeit des § 459, I bejaht!

Dazu auch: Wiesmann, Diss. 17.

Der Verkäufer hat die Mängel auch zu vertreten, wenn er ohne Verschulden gutgläubig ist, es sei denn, daß der Käufer den Mangel beim Kaufabschluß kannte oder nach näherer Maßgabe des § 460 a. E. grobfahrlässig nicht kannte.

Wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels hat der Käufer das Recht der Wandelung und Minderung (§§ 462 ff.). Die besonderen Vorschriften für Gattungssachen (§ 480) kommen nach der Natur der zu behandelnden Kaufgegenstände für eine Analogie nicht in Betracht. — Die Mängelhaftung kann also auch dem schuldlos-gutgläubigen Verkäufer noch nach der Uebergabe gefährliche Ueberraschungen bringen. Zum Schutze des Verkäufers hat darum das Gesetz die Mängelansprüche des Käufers einer kurzen Verjährung unterworfen (§§ 477 ff.), außer, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Der Käufer hat ja vom Gefahrübergang ab (§§ 446, 447) im allgemeinen die Möglichkeit, die Ware zu untersuchen. Es ist für die Verjährung jedoch unerheblich, ob der Käufer den Mangel der Sache innerhalb der Frist erkannt hat oder auch nur erkennen konnte [10]). Vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist ist zulässig, jedoch nicht über 30 Jahre hinaus (§ 225). — Diese Mängelhaftung, die ja gesetzlich nur für Sachen geregelt ist (vgl. a. § 493, der nur bei Sachveräußerung entspr. Anwendung anordnet), ist analog auch für Gegenstände verwendbar, die nicht Sachen sind. Jedoch ist hier bei jedem einzelnen Gut besonders sorgfältig zu prüfen, ob und in welchem Umfange dem Verkäufer die Gewährleistungspflicht trifft [11]); nur mit „zurückhaltender Mäßigung" ist ein Mangel des Gegenstandes i. S. der §§ 459 ff. anzunehmen [12]).

Die „Besonderen Arten des Kaufes" (§§ 494 ff.) enthalten bei einer allgemeinen Betrachtung nicht heranzuziehende Spezialvorschriften.

[10]) Knoke, a. a. O., 896.

[11]) RG. 63, 60/61; RG. 67, 88 ff. = JW. 1908, S. 8 Nr. 8 mit ausführl. Begründung unt. Verweisung auf d. Wurzeln d. Mängelhaftung im ädilizischen Edikt; dort auch üb. d. französische Auffassung darüber. Bejahend auch: RG. 69, 429 u. viele folgende, zuletzt RG. 138, 354 (1932) = JW. 1933, 905 Nr. 7.

[12]) RG. 67, 90; Leonhard, Schuldr. II, 2, 46.

B). Kauf von Sachen und Rechten ohne Rechtsverschaffung.

§ 12. 1. Der Besitzkauf.

I. Der Besitzkauf hat als Gegenstand eine Sache, denn der technische Besitz des BGB ist nur an Sachen möglich. Das Eigenartige an diesem Vertrage ist aber, daß trotzdem in ihm nicht Eigentumsverschaffung an der Sache zur Pflicht gemacht wird, sondern eben nur die Besitzverschaffung. So ist die Behandlung dieses Vertrages angebracht, da er hinüberleitet zu den Veräußerungsverträgen, deren Gegenstand, da er weder Sache noch Recht ist, nicht zu rechtlich unmittelbarer Herrschaft verschafft werden kann. Diese Zwischenstellung veranlaßt mitunter Kommentare und Lehrbücher, den Besitzkauf in die Gruppe von Kaufverträgen einzuordnen, deren Gegenstand weder Sache noch Recht sei. Eine Klarstellung ist auch deswegen angebracht.

II. Es sei noch einmal festgestellt, Gegenstand des Vertrags ist die Sache, nicht etwa der Besitz allein, genau so wenig, wie man Eigentum an sich zum Vertragsgegenstand machen kann. So erübrigt sich ein Eingehen auf die Streitfrage, ob der Besitz „Gegenstand" sei oder nicht [1]). Durch den Ausdruck „Besitzkauf" wird nur angedeutet, daß nach dem Vertrage nur die tatsächliche Verschaffung der Sache zu Besitz, nicht auch zu Eigentum herbeigeführt werden soll [2]). Der Besitz wird allgemein nicht als Recht angesehen, sondern als ein vorwiegend tatsächliches [3]) Näheverhä tnis zur Sache, das Rechtsfolgen, die sog. possessorischen Ansprüche und die Besitzkehr- und -wehr zur Folge haben kann, und für die Beweislast im Prozeß von Wichtigkeit ist.

Der Fall eines Besitzkaufes wird nur eintreten, wenn der Erwerber Eigentümer der Sache ist. — Ist ein Dritter Eigentümer, so

---

[1]) Für Gegenständlichkeit Planck I, S. 171; dagegen: Staudinger I, Vorbem. z. § 90, II, 4; Sohm I, 26, da der Besitz nicht verfügbar sei. Er ist ja kein Recht.

[2]) Vgl. Leonhard, II, 2, 5.

[3]) Auf d. Streitfrage d. Erheblichk. d. Besitzwillens braucht hier nicht eingegangen zu werden.

wird dem Käufer das Eigentum nach den §§ 892, 932 verschafft werden. Ist die Sache abhanden gekommen (§ 935), so kann auch einem gutgläubigen Käufer gegenüber kein Eigentum verschafft werden. Der Vertrag wird also nicht erfüllt, da in solchen Fällen immer Eigentumsverschaffung Vertragsinhalt sein wird. Wenn der Erwerber bösgläubig ist, so wird er deswegen kein Eigentum erwerben, und die Eigentumsverschaffung ist hier auch nicht Vertragsinhalt. Aber solcher Vertrag ist dann meistens, obgleich vielleicht als „Kauf" bezeichnet, ein anderer Ueberlassungsvertrag, etwa Miete, Pacht; oder er ist nichtig, weil er gegen ein Gesetz verstößt (§ 134 BGB): es liegt von Seiten des Erwerbers Beihilfe oder Mittäterschaft zu Unterschlagung oder Untreue oder Begünstigung oder Hehlerei vor, was gegen die in den Strafvorschriften (§§ 246, 266, 257, 258 StGB.) enthaltenen Verbotsnormen verstößt. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale dieser Delikte werden ja bei Bösgläubigkeit immer vorliegen.

III. Anders, wenn der Käufer selbst Eigentümer ist. Hier ist ein Sachkauf, der bloße Besitzverschaffung zum Inhalte hat, denkbar. — Vielfach war und ist man der Ansicht, daß solch Vertrag von Anfang an unmöglich, also nichtig sei, da ja an den Eigentümer Eigentum objektiv nicht mehr übertragen werden könne [4]). (Impossibilium nulla est obligatio; § 306 BGB). Die römisch-rechtlichen, gemeinrechtlichen Quellen widersprechen einander: vgl. etwa Digesten 18. 1. 16 pr. zu Dig. 18. 1. 34. 4. Heute herrschende Meinung und schon Ansicht mancher gemeinrechtlichen Juristen ist, daß ein „Besitzkauf" dann möglich ist, wenn ein „vernünftiger Zweck" von dem erwerbenden Eigentümer damit verfolgt wird [5]), d. h. wenn der Vertrag dem Käufer einen „sonst nicht zu erwartenden rechtlichen

[4]) Ennecc.-Lehm., Schuldrecht, § 101, II, 2; Soergel, BGB. § 306 Anm. 3; Dür.-Hachenb., HGB. V, 1 Einl. z. §§ 373 ff. Anm. 4.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht § 169, II; Oertmann, BGB. II, 2 Vorbem. v. § 433, 1 b α; Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 60 d. Vgl. a. die gesetzl. Beispiele: § 1239, I BGB., §§ 226, 373, II HGB., § 816, IV ZPO., § 68 Ziff. 3 ZVG.

Vorteil vermittelt" [6]). Zwar hat der Eigentümer-Käufer den Eigentumsanspruch gegen den Besitzer (§ 985), aber oft wird der Eigentümer den geforderten Preis aufwenden, um langwierige und unsichere Prozesse zu vermeiden, denn grundsätzlich muß ja jeder Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden; nur wenn die Voraussetzungen der Selbsthilfe (§ 229 BGB) vorliegen, könnte der Eigentümer, — physische Möglichkeit vorausgesetzt, — die Sache einstweilen an sich nehmen.

Die Sachkaufregeln sind auf diesen einem gewöhnlichen Sachkauf sehr ähnlichen Vertrag alle anwendbar, außer denen, die sich auf die Eigentumsverschaffung beziehen. — Uebrigens wird der Eigentümer, der in den Fällen des Besitzkaufes wohl stets gutgläubig ist, die Sache frei von Rechten erwerben, die etwa Dritte inzwischen gutgläubig erworben haben sollten (§ 936 analog [7]).

§ 13. 2. Der Lizenzvertrag.

I. Wie schon oben a. E. des § 2 der Arbeit angedeutet wurde, kann auch der Lizenzvertrag [1]) kaufähnlichen Charakter bekommen. Eine Lizenz ist die „Einteilung eines Rechtes ohne Abtretung dieses Rechts" [2]). Die gewerbliche Verwertung, d. h. die Nutzung und Ausbeute des Rechts, — meist eines Patentrechts und eines anderen gewerblichen Immaterialrechts, — wird dem Lizenznehmer überlassen, ohne daß ihm das Recht seiner Substanz nach übertragen, zediert wird. Grundsätzlich liegt also ein Pachtvertrag über ein Recht vor. Wird nun diese Nutzungsbefugnis als ausschließ-

---

[6]) Beispiele z. B. bei Bechmann II, 74; der Fall RG. JW. 1924, II, 1360 Nr. 6 - Recht 1924 Nr. 811, wo jemand eine Sache von dem „zurückkauft", dem er sie unter Eigentumsvorbehalt verkauft hatte, bevor dieser Eigentum erworben hatte, ist übrigens kein Besitzkauf, sondern vielmehr Rückgängigmachung des ersten Kaufes oder Kauf der Anwartschaft des Erstkäufers (vgl. Heck in Anm. z. RG. JW. a. a. O.).

[7]) Nur analog, da ja nicht zugleich Eigentum erworben wird.

[1]) Dazu insbes. Elster, Hdwb. d. Rechts III, 962; Dür.-Hachenb. HGB. V, 1 Vorbem. v. § 373 Anm. 68 mit viel. Lit.

[2]) Elster, a. a. O.

liche Befugnis [3]) für unbestimmte Zeit übertragen, so wird wirtschaftlich das zu Grunde liegende Recht selbst übertragen [4]), sodaß ein rechtskaufähnlicher Vertrag vorliegt; es ist ein Fall, wo die m. E. sonst grundsätzlich abzulehnende Analogie zum Rechtskauf einmal möglich ist. Das Recht wird aber nicht seiner Substanz nach verschafft, sondern — bildlich gesprochen —, nur zu „Besitz", eine ähnliche Betrachtungsweise, wie das (aber nicht bildlich gemeinte) „Eigentum an Forderungen" Leonhards [5]). Ein Eingehen auf diesen „Rechtsbesitzkauf" wird aus denselben Gründen gerechtfertigt, die im vorigen Paragraphen für den Sachbesitzkauf angeführt sind.

II. Die Rechtskauf-Aehnlichkeit ist aber mehr dogmatischer Art. Der wirtschaftlich erstrebte Erfolg bei solchen Lizenzverträgen erfordert erhebliche Abweichungen von den Rechtskaufregeln und Ergänzungen zu dem Geregelten. Die Vorschrift des § 437, daß der Verkäufer nur für die Verität, nicht für die Bonität des übertragenen Rechts zu haften hat, wird zwar grundsätzlich anzuwenden sein [6]), entspricht aber nicht immer dem Parteiwillen. Nach RG. [7]) muß auch für die Bonität des übertragenen Rechts nach der wirtschaftlichen Lage wenigstens insoweit gehaftet werden, daß die patentierte Erfindung technisch ausführbar sei. — Weitere Besonderheiten ergeben sich daraus, daß ja keine effektive Rechtsentäußerung vorliegt, sodaß der „Verkäufer" weiterhin eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Substanz des in Frage stehenden Rechts behält; solche Einwirkung kann nur obligatorisch ausgeschlossen werden (Unterlassungsvertrag). Daraus ergeben sich auch gesellschaftsähnliche Beziehungen.

---

[3]) „quasidingliches Benutzungsrecht": RG. 57, 40.

[4]) Vgl. RG. JW. 1907, 136 Nr. 17 = Gruch. 52, 975; RG. JW. 1928, 356 Nr. 20. — Indiz f. Kaufähnlichkeit ist auch d. Recht d. Lizenznehmers zur Erteilung von Unterlizenzen.

[5]) Leonhard, Schuldr. II, 1, 60 ff.; dazu ob. § 3 Anm. 6, 7 d. Arb.

[6]) Im Ergebn. gleich RG. Warn. E. 1911, 441 Nr. 396, allerdings m. and. Begründung: der Kauf eines Patentes sei ein gewagtes Geschäft; daraus ergebe sich d. Ausschluß d. grundsätzl. anwendbaren Gewährleistungsgrundsätze f. d. Sachkauf. RG. 78, 366 weist auf die Möglichkeit des oben Vertretenen hin.

[7]) RG. 82, 157 mit zit. Entscheidung.

So ist es wohl richtig, den Lizenzvertrag als Vertrag eigener Art [8]) aufzufassen, der nach seinem konkreten Inhalt bald kauf-, bald pachtähnlich [9]) zu behandeln ist; auch Regeln des Gesellschaftsrechts werden analog heranzuziehen sein [10]).

C). Ver- und Entäußerung anderer Gegenstände als Sachen und Rechte.

§ 14. 1. Der Energielieferungsvertrag.

Daß als gegenständliche Energie im Verkehr vor allem die Elektrizität praktisch wird, wurde oben, § 6, IV d. Arb. ausgeführt. Der Vertrag, der auf ihre Lieferung hinzielt, soll darum hier behandelt werden [1]). Die Elektrizität als Vertragsgegenstand hat so viel Eigenarten und zu ihrer Lieferung ist so viel Nebenbetätigung des Lieferanten nötig, daß die Natur des Lieferungsvertrags dogmatisch besonders schwer erfaßbar ist.

I. Das RG. hat sich in einer neuen Entscheidung [2]) direkt dazu bekannt, daß es hier einen Kaufvertrag annimmt. Eine ältere Entscheidung aus dem Jahre 1887 [3]) nahm einen Lieferungsvertrag nach § 981 ALR I, 11 an, doch ging das RG dabei von dem weiten Sachbegriff des ALR aus; spätere Entscheidungen nahmen stets incidenter die Möglichkeit der Analogie der Kaufvertragsregeln an[4]).

In der Wissenschaft werden wegen der zur Analogie heranzuziehenden Vertragstypen die verschiedensten Vorschläge gemacht: Mietvertrag, Pachtvertrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Kaufvertrag, ein gemischter Vertrag, ein Vertrag eigener Art liege vor [5]).

---

8) Elster, a. a. O.; RG. 142, 212 = JW. 1934, 475 Nr. 3 mit neuester Lit.; Dür.-Hachenb. HGB. V, 1 Einleitung z. d. §§ 373 ff. Anm. 6 b mit Lit. Zu den eigenartigen Filmlizenzen vgl.: Staudinger II, 2 § 433, I, 10; Seiller, Anm. B zu RG. JW. 1928, 356 Nr. 20 mit Lit.

9) Vgl. Mot. II, 375.

10) Vgl. RG. 142, 212.

1) Lit. bei Schnitzler, Diss.; Staub, HGB. III Vorbem. v. § 373, Anm. 16.

2) RG. JW. 1930, 1924 Nr. 1.

3) RG. 17, 269.

4) RG. 56, 408; 67, 229; 86, 13; 99, 96.

5) Vgl. bei A. Lehmann, Diss. § 4, S. 13 ff.; Staub, HGB. III, Vorbem. v. § 373 Anm. 16.

II. Um eine Entscheidung über den Vertragscharakter zu ermöglichen, ist das Wesentliche des Inhalts solcher Verträge darzustellen. Unbedeutende Nebenverpflichtungen des Lieferanten: Anlage und Unterhaltung des Anschlußnetzes, Ueberlassung des Zählers usw. werden nicht berücksichtigt. Sie haben teils Werk-, teils Mietvertragscharakter.

Der Lieferer [6]), im allgemeinen der Inhaber des Elektrizitätswerks, hat elektrische Energie in bestimmter Spannung in der zur Zuführung dienenden Leitung zur jederzeitigen Abnahme durch den Berechtigten bereit zu stellen. Der Abnehmer hat außer einer festen Grundgebühr die entnommene Energie vereinbarungsgemäß zu bezahlen. Der Elektrizitätslieferant hat also zwei verschiedenen Bedürfnissen [7]) des Abnehmers Rechnung zu tragen: dem dauernden Bedürfnis nach der Möglichkeit der Verwendung der Energie und weiter dem zeitweiligen Bedürfnis nach der Realisierung dieser Möglichkeit. Der Lieferer hat demgemäß die Elektrizität einmal bereitzustellen, d. h. alle Maßnahmen zu treffen, die die jederzeitige Verwendung der Energie ermöglichen und dann die elektrische Energie im konkreten Fall zu liefern, d. h. sie in die Anlagen des Abnehmers, Anschlußnehmers zu überführen. Beide Verpflichtungen bilden Hauptverpflichtungen: sie werden sogar rein äußerlich bei der Preisberechnung nach verschiedenen Gesichtspunkten gesondert entgolten: die feste „Grundgebühr" ist Entgelt für die Bereithaltung, — der nach dem konkreten Verbrauch berechnete Preis, der dazu kommt, Entgelt für die Lieferung.

III. Die Bereithaltung ist ohne Bedenken als Werkvertrag anzusehen, denn die Tätigkeit des Aufbewahrens, Bereithaltens mit dem Erfolg der jederzeitigen Verwendungsmöglichkeit bildet den Hauptvertragsinhalt.

Die Lieferung im konkreten Fall ist dagegen analog dem Kaufvertrag zu behandeln [8]).

---

[6]) Vgl. dazu: Lobe, Hdwb. d. Rechts II, 239.

[7]) Vgl. hierzu: Ennecc.-Lehmann, Schuldr. § 147, I, 2 d; A. Lehmann, Diss. 29 ff.

[8]) So auch: Planck I, Vorbem. v. § 90, 2 c; die bei Staudinger II, 3 Vorbem. v. § 631, III, 10 Genannten; Staudinger, a. a. O. selbst nimmt Kauf an, weil er die Elektrizität als Sache auffaßt; ohne diese Unterstellung für Kauf auch: Schnitzler, Diss. 28; A. Lehmann, Diss. 41.

Die anderen Auffassungen sind m. E. abzulehnen. Miet- und Pachtvertrag liegt darum nicht vor, weil die Energie (Spannung) „verbraucht", nicht „gebraucht" wird [9]. Dienstvertrag scheidet aus, weil nicht die persönlichen Dienste des Lieferanten oder seiner Arbeiter Vertragsgegenstand sind, sondern das Ergebnis der Arbeit; es liegen gar keine persönlichen Beziehungen zwischen den Parteien vor, wie dies bei einem Dienstvertrage nach der Auffassung des BGB wesentlich ist (vgl. §§ 613, 617, 618 BGB) [10]. Einen Werklieferungsvertrag (§ 651, I) anzunehmen, ist gekünstelt, da man nicht sagen kann, daß die Elektrizität aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff hergestellt wird. Würde man es tun, so würde der analog anzuwendende § 651, I auf die Kaufregeln verweisen, da die Elektrizität nach dem Vorbild des § 91 BGB als ein „vertretbarer Gegenstand" anzusehen wäre [11].

Ein großer Teil der Wissenschaft hält aber daran fest, daß dieser Lieferungsvertrag ein Werkvertrag sei [12]. Es wird dabei auf die Tätigkeit hingewiesen, die der Erzeuger zur Herstellung der Spannung auszuführen habe und daß der dadurch herbeigeführte Erfolg geliefert werde (§ 631, II); anders ausgedrückt, daß die Zentrale durch ihre Tätigkeit in den Leitungen und Apparaten des Abnehmers einen Bewegungszustand der Aetherteilchen zu entsprechender vertraglicher Benutzung herstellt und daß die Lieferung als Tätigkeit, nicht die Energie selbst, den Vertragsgegenstand bilde [13]. Oder zur Stützung der Annahme eines Werkvertrages wird betont, daß der Leistungsgegenstand ja „Arbeit", wenn auch elektrische Arbeit sei [14], und daß darum der Elektrizitätslieferungs-

---

[9]) Vgl. a.: Staudinger II, 2 § 581, I, 4 a.

[10]) Vgl. Schnitzler, Diss. 26 ff.

[11]) Vgl. a. Oertmann, II, 3 § 651 Anm. 3.

[12]) Bei A. Lehmann, Diss. 20 Zitierte; Jung BGB § 189; Bondi, Hdwb. d. Rechts III, 506.

[13]) Staudinger II, 3 Vorbem. v. § 631, III, 10.

[14]) Leonhard, Schuldrecht II 2, 4, 5; Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 16, doch mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung später im Ergebnis für Kaufanalogie. — Die Anschauung Leonhards mag nationalökonomisch zutreffen: vgl. Voigt, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Philos. 6, 304 ff.

vertrag zu der Gruppe der Arbeitsverträge gehöre, also zu einer nach der Systematik des BGB von den Verschaffungsverträgen grundsätzlich zu scheidenden Gruppe von Verträgen [15]); vgl. oben § 2 d. Arbeit.

Es wird aber dabei verkannt, daß einmal die Tätigkeit zur Erzeugung der Energie keineswegs Inhalt des Vertrags ist, sondern nur das Produkt, die Energie allein. Die „Lieferung" ist lediglich die Verschaffung der Elektrizität, so wie die Lieferung einer gewöhnlichen Kaufware; sie bildet nicht charakteristischen Vertragsinhalt (vgl. oben § 2, IV d. Arb.). Und weiterhin: in der Physik nennt man die Energie zwar „Arbeit", für die Rechtsauffassung aber und nach der Verkehrsauffassung ist die Energie ein Tauschgegenstand mit der Fähigkeit, Arbeit zu verrichten, genau wie etwa Gas oder Kohlen (vgl. oben § 6 d. Arb.). Die „Arbeit" der Arbeitsverträge ist das Arbeiten als menschliche Funktion.

IV. Der Elektrizitäts-Lieferungsvertrag ist also m. E. ein Vertrag, der sich aus zwei verschiedenen Hauptverpflichtungen zusammensetzt; es liegt ein „gemischter Vertrag" vor [16]. Eine rechtliche Behandlung solcher gemischten Verträge wäre nach verschiedenen Gesichtspunkten möglich [17]). Erwägenswert wäre einmal die Annahme eines Innominatvertrages und daher Anwendung der allgemeinen Regeln des BGB; oder der ganze Vertrag wäre entsprechend den Regeln des dem ganzen Vertrag ähnlichsten Vertragstypus zu behandeln (Absorptionsprinzip); oder endlich ist möglich die Kombination der jeweils in Betracht kommenden gesetzlichen Vertragsarten. Der letzten Möglichkeit wird zu folgen sein, denn nur so wird das Gesetz für die Auslegung der einzelnen Vertragsverpflichtungen befriedigende Auskunft geben können. So auch die h. M. [18]).

In seltenen Fällen wird bei den oben festgestellten zwei besonders charakteristischen Leistungen auch einmal das Verhältnis der Haupt- zur Nebenleistung vorliegen, sodaß dann lediglich die Haupt-

---

[15]) So etwa: Dür.-Hachenb. HGB. V, 1 Einl. z. d. §§ 373 ff. Anm. 6 a.

[16]) Vgl. Dür.-Hachenb. a. a. O. Anm. 21.

[17]) Lent, Gesetzeskonkurrenz, 203.

[18]) Vgl. bei A. Lehmann, Diss., 37/38.

verpflichtungen selbständig einklagbar sind; insbesondere kann nach den besonderen Umständen einmal die Klage auf Bereithaltung der Energie ausgeschlossen sein, die sonst im allgemeinen möglich ist [19]).

V. Für die Lieferungsverpflichtungen sind nach den obigen Ausführungen also die Kaufregeln analog anzuwenden. Im einzelnen ergibt sich dabei folgendes:

Die Pflicht zur Eigentumsübertragung entfällt, weil hier kein eigentumsfähiger Gegenstand geliefert wird; die Annahme eines „Eigenrechts" an der Elektrizität, ähnlich wie das geistige oder gewerbliche Eigentum, ist nach der lex lata abzulehnen [20]). Die Uebergabe erfolgt an dem den Kontakt herstellenden Schalter oder nach Vereinbarung. Zwar ist rechtstechnisch nur ein Besitz an Sachen möglich, aber es liegt bei solcher Uebergabe doch ein der Besitzverschaffung wirtschaftlich verwandter Vorgang vor [21]). Die Abnahme kann nach der Eigenart der Energie nicht erzwungen werden. Sie wäre wirtschaftlich sinnlos, einfache Wertvergeudung; die Abnahmepflicht ist deshalb wohl als stillschweigend ausgeschlossen anzusehen [22]). Die Regeln der Gefahrtragung (§ 446, 447 BGB) sind anwendbar [23]). Entgegen dem § 448 BGB wird meist bedungen sein, daß der Abnehmer die Kosten der Messung zu tragen hat [24]).

Die Gewährleistungsregeln sind bei der in rechtlicher Betrachtungsweise großen Sachähnlichkeit der Elektrizität entsprechend anwendbar. Es ist als „Eigenschaft" anzusehen, wenn der Strom

---

19) Vgl. b. A. Lehmann, Diss. 35.

20) Siehe ob. § 3, II d. Arb. Für solches Eigenrecht insbes.: Kloeß, Arch. f. ziv. Pr. 103, 67 ff. (90); Streißler, 37 ff. im Ergebnis auch Sohm III, 384 ff. Dagegen mit ausf. Begründung: Schnitzler, Diss. 17 ff. u. § 5 d. Diss. S. 19 ff. Speziell geg. Sohm u. Kloeß: Binder II, 255 ff.; RGSt. 45, 230. Ueber solches Eigenrecht de lege ferenda: Planck I Vorbem. v. § 90 Anm. 2 c; Voigt, Arch. f. Rechts- u. Wirtsch.-Philos. 6, 310.

21) Zur Uebergabe im einzelnen: Schnitzler, Diss. 30 mit Lit.; A. Lehmann, Diss. 42; Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 16; Witthoff, DJZ. 1903, 149.

22) Vgl. A. Lehmann, Diss. 42.

23) Dazu die in Anm. 21 dies. Paragraphen Genannten: der Gefahrübergang erfolgt ja im allgemeinen mit der Uebergabe.

24) Vgl. Staub, a. a. O.

statt einer Spannung von 110 Volt eine solche von 225 Volt hat [25]); als Mangel, wenn die gelieferte Amperemenge für den belieferten Betrieb zu gering ist. Auch die Frist des § 477 gilt [26]).

VI. Es ist mitunter auch möglich, daß die Elektrizitäts-Lieferungsverträge Werkverträge sind, und zwar dann, wenn nicht die Lieferung der Elektrizität zu beliebiger Verwendung vertraglicher Hauptgegenstand ist, sondern ein mit Hilfe der Elektrizität zu erzielender Erfolg: z. B. die elektrische Beleuchtung einer Straße oder eines Saales, die Beförderung auf einer elektrischen Bahn [27]), die Erwärmung eines Hauses durch elektrische Fernheizung. Solch Erfolg, im allgemeinen ein Zustand, wird nur mit Hilfe der Elektrizität als eines untergeordneten Mittels erreicht; es läge ebenso ein Werkvertrag vor, wenn z. B. die Straße mit Gas zu beleuchten wäre [28]). Zwar ist oft der hergestellte Erfolg, das Licht, die Wärme, auch eine Energieform, aber diese wird im Verkehr nicht als gegenständlicher Tauschobjekt aufgefaßt, sodaß hier auf die Möglichkeit eines Kaufvertrages nicht eingegangen zu werden braucht.

2. Immaterialgüter.

§ 15. a) Unternehmenskauf.

I. Die einheitliche Gegenständlichkeit des Unternehmens und seine Uebertragbarkeit wurde im § 7 d. Arb. dargelegt. Nach fast allgemeiner Ansicht sind auf den Vertrag über die Veräußerung eines Unternehmens die Kaufregeln analog anwendbar. Weil diese Frage fast unstrittig ist, erübrigt es sich, hier näher darauf einzugehen, ob Zweifel über die Anwendbarkeit der Kaufregeln bestehen könnten; der absolut h. M. ist beizustimmen, und es ist davon auszugehen, daß in der Tat Kaufanalogie nötig und möglich ist. Aber in den Gesetzen sind die im Innenverhältnis zwischen den Kaufparteien auftauchenden Rechtsfolgen, soweit sie sich aus der Eigenart des Vertragsgegenstandes ergeben, nicht geregelt. § 22

---

[25]) Schnitzler, Diss. 29.

[26]) RG. JW. 1930, 1924 Nr. 1.

[27]) Leonhard, Schuldr. II, 2, S. 5.

[28]) Staudinger II, 2 § 581, I 4 a; II 3, Vorbem. v. § 631, III, 10 mit Lit.

[1]) Alle einschlägigen Lehrbücher u. Kommentare zu § 433 BGB., § 22 HGB.; die dort zit. Jud., insbes. zuletzt RG. 138, 354 (1932).

HGB bezieht sich nur auf die Wirkungen der Unternehmensveräußerung gegenüber Dritten; § 1822 Ziff. 3 BGB gibt Formvorschriften für den veräußernden Vormund, und andere Spezialvorschriften beziehen sich auf andere Spezialfragen: § 151 VVG; § 134, I KO; § 191, II HGB. Im einzelnen gehen die Meinungen über das Ob und Wie der Analogie oft erheblich auseinander.

II. Einzeluntersuchungen über die Anwendbarkeit der Kaufregeln. Die Verpflichtung zur Uebereignung fällt auch hier weg, weil das Unternehmen als Immaterialgut mangels dies zulassender gesetzlicher Vorschriften nicht das Objekt des Eigentums oder eines sonstigen dinglichen Rechts sein kann. Ueber das „gewerbliche Eigentum" war schon zu reden (vgl. ob. d. §§ 3, II, 7, III d. Arb.). Es ist m. E. abzulehnen. Es ist also kein Eigentumsvorbehalt am Unternehmen (§ 455 BGB) möglich, auch nicht analog [2]), kein Pfandrecht [3]) daran und darum keine Zwangsvollstreckung in das Unternehmen als Ganzes [4]); eine einheitliche Anfechtung der Veräußerung des Unternehmens auf Grund des Anfechtungsgesetzes ist nicht möglich [5]); § 5 des Abzahlungsgesetzes ist unanwendbar [6]); es gibt keinen gutgläubigen Erwerb des Unternehmens nach § 932 BGB [7]). — Vielmehr ist das ganze Unternehmen nur tatsächlich zu übertragen, sodaß die tatsächliche „Möglichkeit eines lukrativen Erwerbs durch Fortsetzung des Unternehmens" [8]) gegeben ist. Dies geschieht durch Uebertragung der einzelnen Unternehmensbestandteile [9]) in der für sie vorgeschriebenen Form: der Sachen durch Einigung und Uebergabe nach § 929; der Grundstücke durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch nach §§ 873, 925; der Geschäfts-

---

[2]) RG. 67, 385; Staub III, Anhang z. § 382 Anm. 70.

[3]) Hueck, Diss. 109.

[4]) Hueck, Diss. 116 ff.; anders: die Oesterr. Exekutionsordnung § 341.

[5]) RG. 70, 227 mit sehr interessanter Begründung; dazu mit Lit. für u. gegen: [Staub I, § 22 Anm. 21.

[6]) RG. 67, 386.

[7]) OLG. VI, 118.

[8]) RG. 37, 178. Genau genommen, tritt der Erwerber in das Unternehmen ein, weil das Unternehmen unbeweglich ist: RG. 70, 225.

[9]) Einheitliche Uebertragung entspräche dem einheitlichen Vertragsgegenstand. Solche einheitliche Uebertragung wäre z. B. möglich durch Buchung in einem öffentlichen Register.

forderungen und anderen Rechte (Patentrechte) durch Abtretung; der Wertpapiere durch Indossament. Das eigentliche Unternehmen, d. h. die Organisationswerte, der organisierte Betrieb, wird mit und in diesen Einzelbestandteilen übertragen und durch gewisse andere, oben im § 8 d. Arb. gezeichnete Unterlagen, oder auch direkt durch Mitteilung und Bekanntmachung. Hierbei werden vor allem die nicht selbständigen Unternehmensbestandteile (oben, § 8 d. Arb.) als Organisations-Teilgebiete übertragen, insbesondere die Kundschaft.

III. Im Zweifel werden alle Bestandteile des Unternehmens vom Veräußerungsvertrag erfaßt [10]), z. B. die bestehenden Mietsverträge [11]), Versicherungsverträge (§ 151, II VVG), eine zu Gunsten des Unternehmens bestehende Wettbewerbsklausel [12]), und umgekehrt wird im Zweifel auch in eine bestehende Wettbewerbs-Enthaltungsverpflichtung eingetreten, auch wenn die Uebernahme der Geschäftsverbindlichkeiten ausgeschlossen worden ist [13]); die Fabrik- und Geschäftsgeheimnisse [14]); auch die Unternehmenskennzeichen, außer der Firma, die ausdrücklich übertragen werden muß (§ 22 HGB) [15]).

IV. Die Uebertragung der unkörperlichen Unternehmensbestandteile, die zusammen den unkörperlichen Immaterialwert des Unternehmens ergeben, geschieht, wie schon oben angedeutet, durch tatsächliches Verhalten und durch die Ueberlassung der Werbefaktoren [16]). Der Erwerber muß so in das Unternehmen eingeführt werden,

---

10) RGR.-Komm. § 433, 6 c; Dür.-Hachenb. HGB. I § 25 Anm. 7; Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 3 ff.; Staub I § 22 Anm. 22 ff.; Neufeld-Schwarz, HGB. Anhang z. § 22 Anm. 3 ff.; Pisko, Ehrenb. Hdb. II, 1. 210; Hueck, Diss. 92; RG. 68, 51.

11) OLG. 28, 112.

12) RG. 37, 179; 102, 127.

13) RG. 102, 129.

14) RG. 107, 172.

15) Darüber näher: Hueck, Diss. 92; auch d. Privileg d. Titels „Hofapotheke“: RG. Warn. E. 1914, 406 Nr. 283.

16) Vgl. b. Ennecc.-Lehm., Schuldr. § 101, II, 5; Dür.-Hachenb. I § 25 Anm. 7 ff.; Staub I § 22 Anm. 21; Staub V, 1 Vorbem. v. § 373 Anm. 3 e; J. v. Gierke, Handelsr. § 15, I, 2.

daß er es übersehen und beherrschen kann; wie dies geschehen muß, ergibt der Einzelfall. — Unterläßt es der Verkäufer, sein Versprechen zu erfüllen, das dahin ging, den Käufer mit Rat und Tat zu unterstützen, so kann er nach § 242 BGB auf Grund positiver Vertragsverletzung (§ 276) für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden haften [17]).

Auf die Uebertragung der Kundschaft ist genauer einzugehen. Aus der Tatsache, daß der Verkäufer sich eines, — objektivierten — Bestandteils seiner Persönlichkeit (eines Immaterialgutes) begibt, folgt, daß er sich, damit die Entäußerung wirklich realisiert wird, gewisse persönliche Beschränkungen auferlegen muß: insbesondere hat er, um die Uebertragung der Kundschaft zu verwirklichen, bis zu einem gewissen Umfange die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung. Man muß unterscheiden zwischen der Kundschaftsübertragung, die durch die Uebertragung der Werbefaktoren vor sich geht, und der Realisierung dieser Uebertragung auf die Dauer durch Konkurrenzenthaltung. Diese kann einmal ausdrücklich im Vertrage bestimmt sein; aber auch wenn es nicht ausdrücklich im Vertrage ausgesprochen ist, wird man sie aus den §§ 157, 242 BGB folgern können, wenn auch nur mit größter Vorsicht und mit der durch die konkreten Umstände gegebenen räumlichen und zeitlichen Einschränkungen [18]). Erst

---

[17]) Vgl. Staudinger II, 2 § 433 VIII B i.

[18]) so: Düringer-Hachenburg I, § 25 Anm. 13 in längeren Ausführungen; Neufeld-Schwarz, HGB. Anhang z. § 22 Anm. 15; Marcus, Recht 1910, 561 ff.; Oppikofer, Unternehmen, 132, mit einer unveröffentlichten RG.-Entscheidung; Hueck, Diss. 94 mit Lit. u. Jud.; RG. 70, 232; 117, 176; RG. DJZ. 1908, 425; OLG. 12, 51; 12, 255; 28, 112; OLG. Sächs. Arch. f. Rechtspflege 1, 136.

a. A.: Staudinger II, 2 § 433, VIII B k, der nur vertragsmäßig ausdrücklich übernommene Konkurrenzenthaltung anerkennt; Pisko, Ehrenb. Hdb. II, 1, 223/224.

Nicht hierher gehört der Fall, daß ein Geschäftsgrundstück mit großer „Laufkundschaft" übertragen wird, etwa ein Bahnhofs-Zigarrenladen, wo Konkurrenz u. U. gar nicht möglich ist; hier wird ein Unternehmen in günstiger Lage, also mit einer besonderen Eigenschaft, übertragen, aber überhaupt nicht die Kundschaft.

Vgl. Hueck, Diss. 21/22; v. Wiesmann, Diss. 33 wurde dies mißverstanden.

solche Konkurrenzenthaltung wird dem Käufer das verkaufte Objekt restlos gewähren [19]).

Diese Konkurrenzenthaltungspflicht ist lediglich Nebenleistungspflicht, auch wenn sie ausdrücklich ausbedungen wurde [20]), d. h. sie ist eine „Verbindlichkeit, die das Wesen des Hauptvertrags, — des Veräußerungsvertrags, — nicht in entscheidender Weise bestimmt, — deren Beachtung aber, da sie zur Erfüllung der Hauptverpflichtung erforderlich ist, im Interesse redlicher Vertragserfüllung mehr oder weniger erforderlich ist" [21]). Sie ist lediglich „sekundäre Unterlassungspflicht" [22]), — immerhin, ein „ganz reines" Kaufgeschäft liegt bei der Unternehmensveräußerung nicht vor [23]), weil diese Nebenverbindlichkeit kauffremd ist.

V. An dieser Stelle ist es angebracht, auf die Konkurrenzunterlassungspflicht beim Verkauf der Praxis eines Arztes oder Rechtsanwaltes einzugehen, soweit dieser überhaupt anzunehmen ist (vgl. ob. § 9 d. Arb.). Das RG sagte in einer Entscheidung [24]), daß immer Unsittlichkeit darin liege, wenn der „verkaufende" Arzt sich zur Konkurrenzenthaltung verpflichte, da es nicht angehe, daß die wertvollen Kenntnisse, die der Arzt sich auf Kosten des Staates in der Universität verschafft habe, nunmehr brach liegen sollten. Dagegen wurde vorgebracht [25]), daß, wenn die Abtretung der Praxis möglich sei, die Sicherung der Abtretung nicht unsittlich sein könne; m. E. wird man die Gründe der angeführten RG-Entscheidung billigen müssen und solche Konkurrenzenthaltungsverpflichtungen, ebenso für Rechtsanwälte, für unsittlich halten müssen, denn sonst würde weitgehend das Gemeininteresse geschädigt werden. Somit wäre, da ja die Konkurrenzenthaltung die Uebertragung der Praxis erst vollkommen realisiert, eine Uebertragung unter konkurrenzfähigen

---

19) RG. 102, 129.

20) Bürkle, Diss. 63 mit Lit.; doch kann sie auch einmal Hauptpflicht sein: [RG. 133, 113.

21) Bürkle, Diss. 4.

22) Staudinger II, 1 § 241 5 c; Lehmann, Unterlassungspflicht 10 u. 166.

23) Hueck, Diss. 93.

24) RG. 66, 143. — Auch: OLG. in Recht 1910 Nr. 2154. Unsittl. ist auch das entgeltliche Versprechen d. Empfehlung des Nachfolgers eines Arztes: RG. JW. 1916, 252 Nr. 1.

25) Recht 1909, 241/42.

lebenden Aerzten und Rechtsanwälten ausgeschlossen [26]). Anders, wenn eine Konkurrenz nicht mehr in Frage kommt, der Verkäufer z. B. zu alt ist oder wegzieht. — Seinem objektiven Inhalt nach ist der Verkauf einer Praxis im übrigen nicht sittenwidrig [27]); früher wurde eine vertragliche Bindung über eine Praxis vielfach schon als mit der Berufsehre nicht vereinbar angesehen [28]). Dem ist nicht beizustimmen: Wenn im Einzelfall eine immer sittenwidrige Konkurrenzenthaltungspflicht nicht vorliegt, wird die Frage der Unsittlichkeit nach den besonderen Umständen des betr. Vertrages zu prüfen sein [29]). Sie ist insbesondere anzunehmen, wenn der Vertrag so unverhältnismäßig schwere Belastungen auferlegt, daß die Befürchtung begründet ist, der Bewerber werde unter Außerachtlassung der Interessen seiner Patienten, Klienten die Erzielung besonders hoher Einnahmen erstreben müssen, überhaupt, wenn der Arzt, Rechtsanwalt, das ihm entgegengebrachte Vertrauen zum Zweck eines Vermögensgewinnes verwertet [30]).

Ein nicht unsittlicher häufiger Fall wird nach dem oben Ausgeführten vor allem die Veräußerung einer Praxis durch die Erben eines Arztes, Rechtsanwaltes, sein, wo objektiv gar keine Konkurrenzmöglichkeit von Seiten der Veräußerer vorliegt [31]).

Zahnärzte sind in diesen Fragen wie Aerzte zu behandeln [32]). Eine Zahntechnikerpraxis hat mehr gewerblichen Charakter, sodaß nicht so strenge Anforderungen zu stellen sind [33]).

---

26) Siehe: Oppikofer, Unternehmen 12 Anm. 1.

27) OLG. 6, 33.

28) z. B. OLG. 5, 107 = Seuff. Arch. 58, 1.

29) Insbesondere: RG. 115, 172; RG. 66, 142; RG. 75, 122; RG. Warn. Entsch. 1909, 6; OLG. Seuff. Arch. 64, 385 Nr. 181; Staudinger II, 2 § 433, V, 2 c mit Lit.; Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 3, a.

30) RG. 66, 141 — Recht 1907 Nr. 3256 = JW. 1907, 473; RG. Recht 1907, Nr. 2248; OLG. Recht 1910 Nr. 2154.

31) RG. 75, 122; RG. 115, 172; RG. Seuff. Blatt 74, 27; OLG. Seuff. Arch. 64, 385 Nr. 181; auch bei Verkauf Vater an Sohn („Art antizipierter Erbteilung"): RG. Warn. Entsch. 1909, 547.

32) RG. 66, 152.

33) RG. 70, 339 ff.; a. A. war das OLG. Recht 1908 Nr. 1488 als Berufungsinstanz; wie zit. RG.: RG. Warn. Entsch. 1909, 6; RG. Seuff. Blatt 74, 27; Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 3, a mit Lit.

VI. Es war bisher von den Hauptpflichten des Verkäufers eines Unternehmens und einer Praxis die Rede. Besonderheiten in den vertraglichen Beziehungen werden aber auch für die Abnahmepflicht des Käufers anzunehmen sein [31]). Die Abnahme ist gewöhnlich nur Obliegenheit des Käufers, nur in seinem eigenen Interesse geboten, und bei ihrer Versäumung liegt lediglich Gläubigerverzug vor. Dies ist aber anders, wenn der Verkäufer nach dem Inhalt des Vertrages überdurchschnittliches Interesse an der baldigen Abnahme des Kaufgegenstandes hat, etwa weil bei Verzögerung besondere Unkosten entstehen (Füttern großer Tiere) oder Platzschwierigkeiten auftauchen (Kohlen auf der Halde). Dann ist nach dem Vertragsinhalt die Abnahme für den Käufer Hauptpflicht, und der Käufer kommt bei Verzögerung der Abnahme in Schuldnerverzug; er ist ja im gegenseitigen Kaufvertrag gleichzeitig auch Schuldner.

Solch Fall ist auch hier anzunehmen. Das Unternehmen ist im Betrieb befindlich zu übertragen, als ein unter der Herrschaft des Käufers weiterlebender Organismus, — as a going concern. Ein Stilliegen des Unternehmens bei Abnahmeverzug des Käufers würde das Fortleben des Betriebes in Frage stellen können (vgl. dazu RG 110, 422 ff.). Der Verkäufer müßte also, falls man nur Gläubigerverzug annähme, das Unternehmen weiterhin betreiben, um seiner auch im Gläubigerverzug weiterbestehenden Pflicht zur Uebertragung des gesunden Unternehmens nachkommen zu können. Mit den sonst dem Verkäufer zu Gebote stehenden Rechtsbehelfen der §§ 383 BGB, 373 HGB ist ihm nicht gedient; sie richten sich nur gegen die körperlichen und rechtlich unmittelbar anerkannten Bestandteile des Unternehmens und würden das Unternehmen als Organismus zerstören. — Aus dieser Lage ergibt sich, daß rechtzeitige Abnahme des Unternehmens Hauptverpflichtung des Käufers ist, — er also bei Nichtabnahme in Schuldnerverzug kommt, und der Verkäufer gegen ihn die Rechte des § 326 BGB hat, insbesondere vom Vertrage zurücktreten kann.

---

31) Dazu: Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 3 f; Hopmann, JW. 1914, 341 ff.

VII. Die Gewährleistungsregeln finden auf den Verkauf von Unternehmen Anwendung. Obgleich bei der analogen Heranziehung gerade dieser Vorschriften ganz besondere Vorsicht angebracht ist (vgl. ob. § 11, III d. Arb.), und obgleich das Unternehmen kein körperlicher Gegenstand, sondern ein Immaterialgut ist, ist diese Analogie doch möglich und angebracht. Die Organisation hat ihren Niederschlag ja in der empirisch-faßbaren Realität gefunden, sie ist gestaltete Realität, ebenso wie etwa eine Maschine. Ganz anders ist es bei den Immaterialgütern, die nicht Ausdruck einer bestehenden Wirklichkeit sind, sondern erst den Weg zur Gestaltung der Realität geben: Erfindungen, Verfahrensmethoden; diese haben als Verkehrsobjekt sinnfälligen Ausdruck nur insoweit gefunden, als es nötig ist, damit sie dem andern mitgeteilt werden können: in Wort, Bild, Schrift. Sie sind keine greifbare Gestaltung. Anders das Unternehmen; es ist deshalb dem Prototyp des realen Gegenstandes, der Sache, vergleichbar und wird auch, — im hier gegebenen Zusammenhange, — vom Verkehr so behandelt [35]).

Selbstverständlich finden die Gewährleistungsregeln nur auf das Unternehmen als Ganzes Anwendung, nicht auf einen unselbständigen Bestandteil des Unternehmens [36]), etwa die Kundschaft. Denn das Unternehmen ist nicht Summe, sondern Einheit.

Das Unternehmen kann also Mängel analog den Sachmängeln haben [37]), und zwar können einmal „zugesicherte Eigenschaften" fehlen; dies wird bei weitem der häufigste Fall sein, denn hier wird erst vertraglich etwas zu einer Eigenschaft gemacht. „Eigenschaft"

---

[35]) So a. RGR.-Komm. § 459, 1 mit Jud.; Staub III, Vorbem. vor § 373, 3 ff.; § 377 Anm. 5, 42 ff.; Neufeld-Schwarz, HGB. Anhang z. § 22 Anm. 14; E. Fuchs, Lpz. Ztg. 1918, 297 (299); sehr ausführlich: Wiesmann, Diss. § 3 A, S. 21 ff. mit Jud. u. Lit. — a. A.: Dür.-Hachenb. HGB. I § 25 Anm. 14; V, 1 Vorbem. v. §§ 373 ff. Anm. 176, 189 u. 260, der insbes. vom § 477 BGB. her seine Gegenmeinung begründet, worüber gleich unten. a. A. a.: Pisko, Ehrenb. Hdb. II, 1, 223.

[36]) RG. Gruch. 51, 901 Nr. 59; OLG. 28, 112; Hueck, Diss. 90.

[37]) so a.: RGR.-Komm. § 459, 4 I b mit Jud.; H. Lehmann, Allg. Teil § 48, II; J. v. Gierke, Hdlsr. § 15, I, 1; Staub III, § 377 Anm. 5 u. 42 ff.; Oppikofer, Unternehmen 132 mit Lit.; Wiesmann, Diss. 31 ff.; a. A.: Leonhard II, 2, 6.

eines Unternehmens ist alles, was das Wesen eines solchen unkörperlichen Gegenstandes ausmacht und als zu ihm gehörig angesehen wird, damit das Unternehmen sich als „selbständige Einheit in der Art der Erscheinungen erweist“ [38]). Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben, wird es deswegen weniger geben, weil über das Unternehmen als einzigartiges Immaterialgut nur wenig Allgemeingültiges, für alle Unternehmen Passendes, „Gewöhnliches“ zu sagen ist. Doch gibt es auch Beispiele.

VIII. Als Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften ist z. B. anerkannt: Quantitätsmängel bei Betriebsmitteln, wie zu geringes Warenlager, Inventar, zu geringes Vermögen. Hier liegt gleichzeitig ein Qualitätsmangel vor [39]).

Das Uebersteigen der Geschäftsschulden über einen zugesicherten Höchstbetrag hinaus [40]). Eine der Zusicherung nicht entsprechende Art der Kundschaft, der Fabrikate [41]).

Nichtvorliegen eines näher bestimmten Reinertrages [42]); doch nur, wenn dieser Ertrag aus dem bisherigen Zustand des Unternehmens hervorgeht, sodaß eine gleichartige Fortwirkung sich annehmen läßt [43]), also der auf Grund mehrjähriger Beobachtungen festgestellte Durchschnittsgewinn gemeint ist [44]). — Bloße Zusicherung eines Ertrages für die Zukunft ist Garantie.

Als Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, kommt insbesondere all das in Betracht, was das ordnungsgemäße „Funktionieren“ [45]) des Betriebes aufhebt oder mindert.

---

38) RGR.-Komm. § 459, 4, I b.
39) RG. 98, 292.
40) RG. 100, 204.
41) RG. v. 13. I. 14. V.: zit. in: RGR.-Komm. § 459, 4, I b.
42) RG. 63, 57.
43) RG. JW. 1905, 389 Nr. 7.
44) RG. JW. 1915, 1117 Nr. 2 = LZ. 1916, 804 Nr. 12; so a.: Wiesmann, Diss. 36 ff. mit Lit. u. Beispielen.
45) Hedemann, Schuldrecht § 37, V; RG. 98, 292.

Vorausgesetzt wird die Unkündbarkeit des den Betrieb eines Ladengeschäfts ermöglichenden Mietverhältnisses [46]).

Ebenso das Bestehen von Arbeitsverträgen mit den Arbeitern [47]); hier könnte man auch an das Fehlen eines Organisationsbestandteiles des Unternehmens, der Beziehungen zu den Arbeitern und Angestellten (vgl. ob. § 8, IV d. Arb.) denken.

Ein verborgener Fehler liegt vor, wenn das verkaufte Zimmervermietungsgeschäft in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier ist [48]).

Als ein außerhalb des Unternehmens liegender Mangel nach § 459, I BGB ist das Bestehen eines den Betrieb des Unternehmens hindernden Patents ansehen [49]).

Ebenso beim Verkauf eines Mühlbetriebes die Widerruflichkeit einer Erlaubnis zur Benutzung des nötigen Betriebswassers [50]); man könnte nach den Einzelumständen hier auch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht des Verkäufers (§ 242 BGB) [51]) culpa in contrahendo annehmen.

Als Mangel nach § 459, I ist auch die Einbuße anzusehen, die das Unternehmen durch ein wegen unehrlichen Geschäftsgebarens gegen den Verkäufer als Geschäftsinhaber ergangenes und publiziertes Strafurteil erlitten hat [52]).

Das Fehlen der vorausgesetzten, nicht vertraglich zugesicherten Höhe des bisherigen Ertrags des Unternehmens ist grundsätzlich kein Fehler nach § 459, I BGB [53]).

---

[46]) RG. v. 17. 3. 22, III, 446 21 zit. in: RGR.-Komm. § 459, 4 I b.

[47]) RG. v. 13. 5. 14, V, 39/14, zit. in: RGR.-Komm. a. a. O. läßt es dahingestellt.

[48]) RG. 67, 86 (90).

[49]) RG. 69, 429; Staub III, § 377 Anm. 42. a. A.: Leonhard II, 2, 46.

[50]) Vgl. ob. § 11 Anm. 9 d. Arb.; a. A.: RG. Warn. Entsch. 1912, Nr. 240; Staub III, § 377 Anm. 42.

[51]) Vgl. Bürkle, Diss. 111 ff.

[52]) Oppikofer, Unternehmen, 131 Anm. 2.

[53]) Staub III, § 377 Anm. 42 mit Jud.

IX. Besonders umstritten ist in der Literatur die Anwendbarkeit der kurzen Verjährungsfrist des § 477 BGB [54]). Vielfach wird die Sachmängelhaftung des Unternehmens-Verkäufers grundsätzlich bejaht; nur von der analogen Anwendung des § 477 sei abzusehen [55]), oder wenigstens die längere Verjährungsfrist für Grundstücke von 1 Jahr anzuwenden [56]). Die kurze Verjährungsfrist sei nur bei körperlichen Gegenständen billig, die der Käufer in kurzer Zeit auf ihre Beschaffenheit hin untersuchen könne. Beim Unternehmen sei das nicht möglich; hier müsse insbesondere erst die Jahresschlußbilanz abgewartet werden können, um einen sicheren Ueberblick über das Geschäft zu gewinnen [57]).

M. E. ist an der 6-Monatsfrist des § 477 festzuhalten. Das gebietet die Verkehrssicherheit, auch gerade wegen der schnellen Veränderlichkeit des Zustandes eines solchen Unternehmens. Die Parteien können und sollten möglichst abweichende Vereinbarungen treffen, insbesondere durch Garantieversprechen. In unbillig harten Fällen wird verständige Vertragsauslegung (§ 242) helfen. Auch kann sich der Verkäufer durch besondere Zwischenbilanzen Uebersicht über das Unternehmen verschaffen [58]).

X. Wird gewandelt, so muß das Unternehmen zurückübertragen werden. Eine Abrechnungspflicht des wandelnden Käufers besteht nicht, da dies aus dem Gesetz nicht hervorgeht [59]).

XI. Der Vertrag über die Veräußerung eines Unternehmens ist mangels gesetzlicher Vorschriften formlos, es sei denn, daß das

---

[54]) Vgl. dazu: Wiesmann, Diss. 23 ff. mit Lit.

[55]) Ennecc.-Lehmann, Schuldrecht § 101, II, 5; Müller-Erzbach, Hdls.-Recht Kap. 19 A, I.

[56]) Pisko, Ehrenb. Hdb. II, 1, 223.

[57]) Dür.-Hachenb. I, § 25 Anm. 14; Düringer, LZ. 1918, 79 ff.

[58]) Staub III, § 377 Anm. 46 u. 136 a; RG. 98, 293; RG. 138, 354 = JW. 1933, I, 905 Nr. 7 mit ausführl. Begründung u. dazu: Plum in JW. 1933, a. a. O. mit ausführl. Lit. bejahend.

[59]) RG. JW. 1912, 288 Nr. 8.

Unternehmen das ganze Vermögen z. B. einer juristischen Person bildet (§ 311 BGB) [60]).

Man wird annehmen können, daß das Unternehmen, wenn es das Vermögen einer Akt.-Ges. oder G. m. b. H. ist, auch dadurch übertragen werden kann, daß sämtliche Mitgliedschaftsanteile dieser juristischen Person übertragen werden [61]). Man muß aber größte Vorsicht bei einer solchen wirtschaftlichen Betrachtungsweise walten lassen; formal-juristisch werden ja nur Rechte verkauft, für deren Bonität der Verkäufer nicht haftet. Die Annahme, daß neben diesen Rechten der Vertrag auch die Veräußerung des Unternehmens zum Inhalt hat, ist nur geboten, wenn alle Gesellschaftsanteile zu gleicher Zeit übertragen werden, und zwar von einem Verkäufer oder von mehreren als Gesamtschuldnern, oder wenigstens muß die Uebertragung sämtlicher Anteile von vornherein geplant sein [62]). Eine weitergehende Verwendung wirtschaftlicher Gesichtspunkte würde ins Uferlose führen. Schon die obige maßvolle Ansicht ist sehr strittig.

XII. Das grundsätzliche Ergebnis der Untersuchungen über den Unternehmenskauf ist also, daß er wie der Kauf einer beweglichen Einzelsache zu behandeln ist, mit einigen Besonderheiten, die sich aus der nahen Verbundenheit des veräußernden Unternehmers zum Unternehmen ergeben.

§ 16. b) Verträge über die endgültige Verschaffung von selbständigen Unternehmensbestandteilen.

I. Selbständige Unternehmensbestandteile sind, wie oben § 8, VIII d. Arb. ausgeführt wurde, die Geschäftserfahrungen. Sie entbehren nicht der Gegenständlichkeit; allerdings sind sie nicht realgegenständlich, haben nicht einmal Realität wie das Unternehmen

[60]) Dazu: Dür.-Hachenb. I, § 25 Anm. 5; Staub III, Vorbem. vor § 373 Anm. 3 c.

[61]) so: Wiesmann, Diss. 55 mit umfangreicher Lit. u. Jud.; Dür.-Hachenb. V, 1 Einleitung zu §§ 373 ff. Anm. 66; RG. i. d. späteren Entscheidungen, insbesond. RG. JW. 1928 II, 1392. a. A.: z. B. RG. 86, 149.

[62]) Vgl. Wiesmann, Diss. 64 ff.; RG. 100, 204; RG. JW. 1929, 641.

in dem Sinn, daß gestaltete Wirklichkeit ihre Unterlage ist. Sie sind gegenständlich nur als Vorstellungsobejkt. Das Wesentliche ist, daß sie als individuell existierend vorgestellt werden, nicht mehr bloß als Funktion des Menschen. Diese individuelle Existenz kann sehr verschieden ausgeprägt sein: von der (unpatentierten) bis ins Kleinste schriftlich dargestellten Erfindung bis zum gerade noch als gegenständlich vorstellbaren, abgeschlossenen Gedanken. Aus solcher Verschiedenheit werden sich auch juristisch variierende Beurteilungen über das Wesen von Verträgen ergeben können, die auf die endgültige Ent- und Veräußerung solcher Güter hinzielen.

II. Es mag einmal unterstellt werden, — vielfach wird dies behauptet [1]), — daß solch Veräußerungsvertrag ein Kauf im juristischen Sinne sei; es sei untersucht, ob der Erfolg denen recht gibt, die hier Kauf annehmen, — ob die positive Regelung des Gesetzes brauchbare Auslegungsregeln für derartige Verträge gibt.

Eine Rechtsverschaffung fällt hier wie in allen andern zu behandelnden Fällen weg. Auch juristisch-technischer Besitz ist, als nur an Sachen möglich, nicht zu verschaffen. Ist aber wenigstens etwas wirtschaftlich Aehnliches wie die Besitzverschaffung in solchen Verträgen möglich? Die „Uebertragung" solcher Geschäftserfahrungen erfolgt im allgemeinen durch einfache mündliche Mitteilung, durch Uebergabe eines Schriftstücks, das die Mitteilung enthält; bei komplizierteren Erfahrungen, z. B. Herstellungsmethoden, muß u. U. dem Erwerber ein Einblick in den Betrieb gewährt werden, damit dieser das zu Uebermittelnde absehen kann. Eine neue Erfindung muß ihm u. U. vorgeführt werden. Solche Vorführung, Unterweisung müßte aber Nebenleistungspflicht bleiben; denn diese Zugänglichmachung, die dem Erwerber den in der Erfahrung steckenden Wert übermitteln soll, kann im Einzelfalle so viel Tätigwerden des Uebermittelnden erfordern, daß diese Tätigkeit in den Vorder-

[1]) Für Kauf: RGR.-Komm. § 433 Anm. 6 c ohne Begründung; Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 359, mit der Begründung, das RG. nenne das Geschäft selbst ‚Kauf'; Staudinger II, 2 § 433, V, 2 c: „für die Regel Kauf"; Hueck, Diss. 89 Anm. 1 mit Lit. für u. gegen, ohne Gründe; Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 3, sehr modifiziert; OLG. 32, 224; OLG. 28, 106; zweifelnd: Prot. II, 51/52.

grund des Vertrages tritt und wir einen Arbeitsvertrag annehmen müssen, z. B. einen Lehrvertrag [2]). Das Kriterium ist, wie oben in §§ 5, I, 8, IX schon angedeutet wurde: Wird das zu Uebermittelnde als Funktion des Uebermittlers oder als selbständiges, losgelöstes Objekt vorgestellt? Anders ausgedrückt: Steht ein Mensch oder ein Gegenstand im Vordergrund des Vertrages? Für die Loslösung, Objektivierung, wird wohl zu verlangen sein, daß schriftliche Niederlegung der Erfahrung in für den Fachmann verständlicher Form vorliege (nach § 20 Patentgesetz) [3]). Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß im allgemeinen der Veräußerer im „Besitz" der Erfahrung bleibt; er kann sie nicht aus seinem Gehirn reißen. Es findet gewissermaßen nur eine Uebertragung zu „Mitbesitz" [4]) des Erwerbers statt. Dies wird nur anders sein, wenn der Veräußerer die veräußerte Erfahrung, etwa Erfindung, gar nicht kannte, sie z. B. selbst erst erworben hatte, um sie nutzbringend weiter zu veräußern. In den weitaus überwiegenden Fällen wird der Veräußerer im „Besitz" der Erfahrung bleiben. Daraus ergibt sich einmal die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung und dann, beim Verkauf von Geheimverfahren, Geschäftsgeheimnissen, wie es ja meist der Fall ist, die Pflicht zur Geheimhaltung. Das ist ein Dauerverhältnis, eine Unterlassungsverpflichtung [5]) neben dem Veräußerungsvertrag, die anders als beim Unternehmenskauf nicht mehr als Neben-

---

[2]) Für Arbeitsvertrag generell: Leonhard II, 2, 4; Bechmann II, 141; Kreß, Schuldr. § 11 b, da persönliche Leistung vorliege, die durch geistige Kräfte bewirkt werde. — Für Arbeitsvertrag nach den Einzelumständen: Dür.-Hachenb. V, 1 Einl. z. d. §§ 373 ff. Anm. 7; RG. Bolze 5, Nr. 608 (1888), nimmt bei Pflicht zur Mitteilung ein. Geheimverfahrens analoge Dienstmiete an; RG. Bolze 16 Nr. 379 (1893), wo Mitteilung ein. Herstellungverfahrens als Dienstleistung aufgefaßt wird.

[3]) Solche Gegenständlichkeit z. B. in: OLG, 28, 106, wo das fertige Rezept nebst Anleitung zu übergeben war u. Dienst- u. Werkvertrag ausdrücklich abgelehnt wird. — Auch z. B. bei schon eingereichtem, noch nicht anerkanntem Patent (doch nach d. Umständen auch bedingter Rechtskauf: vgl. Dür.-Hachenb. V, 1 Vorbem. v. § 373 ff. Anm. 67).

[4]) Hueck, Diss. 78 ff.

[5]) Prot. II, 51/52; im Zweifel Konkurrenzenthaltungspflicht: Ennecc.-Lehmann, Schuldr. § 101 II, 5.

leistungspflicht [6]) angesehen werden kann, denn sie bestimmt das Wesen des Hauptvertrages, des Veräußerungsvertrages in entscheidender Weise (vgl. oben, §§ 2, IV, 15, IV d. Arb.). Bei Zuwiderhandlung gegen die Geheimhaltungspflicht wird das Wesen des Uebermittelten, die Geheimheit, ja gänzlich vernichtet. Ob man die Konkurrenzenthaltungspflicht noch als Nebenleistungspflicht ansehen will, mag dahingestellt bleiben, weil es für die Entscheidung über den Rechtscharakter solcher Verträge nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein wird.

Aus den „Allgemeinen Bestimmungen" des Kaufes sei noch auf die Regelung der Gefahrübertragung eingegangen. Ob diese hier billige Ergebnisse gibt, ist sehr zweifelhaft. Soll nicht nach Treu und Glauben der „Verkäufer" des Verfahrens usw. zur nochmaligen Mitteilung verpflichtet sein, wenn der Brief mit dem eingeschlossenen Rezept auf der Post untergeht? Anders als bei einer körperlichen Sache hat der Verkäufer die Erfahrung ja auch weiterhin in seinem Besitz. Zu einem anderen Ergebnis wird man nur kommen, wenn mit der Absendung der Veräußerer sich seiner Erfahrung wirklich voll und ganz entäußert hat, also z. B. in der obigen Lage, wenn er sie gar nicht kannte, oder auch, wenn sie so kompliziert war, daß eine nochmalige Herstellung für den Veräußerer unmöglich ist oder ihm nicht mehr zugemutet werden kann.

Und endlich: Sachmängelhaftung ist m. E. bei der Veräußerung von Erfahrungen nicht vorstellbar [7]). Derartige Gegenstände sind in keiner Weise mehr mit körperlichen Sachen vergleichbar. Denn diese Immaterialwerte, — mögen sie auch schon im Unternehmen des Veräußerers Ausdruck gefunden haben —, werden nach dem Vertragsinhalt nur als „Erfahrungen" veräußert, nicht, wie das Unternehmen, in gestalteter Realität. Lediglich der Gedanke als Träger von Gestaltungsmöglichkeiten, als Methode

---

[6]) Oben § 5, I a. E. u. § 15, IV a. E. d. Arb.; Bürkle, Diss. 70; Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 16 b.

[7]) RGR.-Komm. § 459 Anm. 1; Dür.-Hachenb. V, 1 Einl. vor § 377 Anm. 177; Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 3; RG. JW. 1914, 674 Nr. 2 = Warn. Entsch. 1914, 304 = Recht 1914 Nr. 1674; vgl. a.: § 15, VII d. Arb.

wird veräußert, ein nur vorgestellter empirisch nicht wahrnehmbarer Gegenstand. — Solch abstrakter Wert ist nun entweder so da, wie er im Vertrage bezeichnet wurde, oder es wird tatsächlich überhaupt nichts dem Vertragsgegenstand Entsprechendes übermittelt, nur ein wesenloses Nichts [8]). Ein „Geheimverfahren", das in Wirklichkeit nicht geheim ist, ist eben kein Geheimverfahren, und die Geheimhaltung ist nicht nur eine akzidentielle Eigenschaft, sondern essentiell. Ein Verfahren, nach dem angeblich Dauerziegel hergestellt werden können, das aber in Wirklichkeit wertloses Zeug liefert, ist eben seinem Wesen nach nicht ein Verfahren, wie es vertraglich zu Grunde gelegt wurde [9]).

III. Die Untersuchung zeigt, daß die Kaufregeln für einen Vertrag der zu untersuchenden Art fast allgemein nicht passen und in vielen Beziehungen nicht ausreichen. Einige Regeln der allgemeinen Regeln des Kaufs passen nur in den wenigen oben dargestellten Fällen, wo Geheimhaltung nicht erforderlich ist und im übrigen sich der Veräußerer des Gegenstandes so entäußert hat, daß er nicht mehr „Mitbesitz" daran hat. Hier kann man im weiteren Sinne von Kauf reden. In den übrigen Fällen ist es wohl folgerichtig, wenn man das Vorliegen eines Kaufes ablehnt und einen Vertrag eigner Art annimmt [10]). Er hat große Aehnlichkeit mit dem Lizenz-

---

[8]) Jung, BGB. § 189; Argumentum a maiori aus der Begründung des RG. 75, 404, wo dies sogar für ein patentiertes, technisch unverwertbares Verfahren angenommen wurde; RG. JW. 1914, 674 Nr. 2: selbst wenn man Geheimheit als Eigenschaft ansehe, passe insbes. § 477 BGB nicht, denn die eventuelle Kenntnis eines Dritten könne überhaupt nicht festgestellt werden, sodaß die kurze Frist des § 477 von „großer Unbilligkeit u. Härte" gegenüber dem Erwerber sei.

[9]) a. A. war die Vorinstanz (OLG. Stuttg.) zu RG. JW. 1914, 674, — vgl. Anmerkungen 7 u. 8 dies. Paragraphen —, die besonders veröffentlicht ist im Recht 1914 Nr. 21; sie hielt sogar § 477 für anwendbar. a. A. auch: OLG. 28, 107, das die Durchführbarkeit eines Rezepts für eine Eigenschaft hält, OLG. 22, 224. Auch: RG. 69, 429, das aber vom Verfahren als Organisationsbestandteil eines Unternehmens ausgeht.

[10]) RG. JW. 1914, 674; RG. 82, 155 geht auch auf die Möglichkeit einer Analogie zum „Rechtskauf" ein, die aber m. E. hier nicht möglich ist, weil der Vertragsgegenstand kein Recht ist: vgl. § 3, V d. Arb.; insofern besteht ein Unterschied zum oben dargestellten Lizenzvertrag. Gegen Kauf auch: Soergel, BGB § 433, I, 5.

vertrag (siehe ob. § 13 d. Arb.) und wird von den Parteien auch oft so bezeichnet. — Die Veräußerlichkeit des Vertragsgegenstandes ist so unvollkommen (nach den oben § 5, I d. Arb. dargestellten Kriterien), daß man überhaupt an der Gegenständlichkeit dieser Güter im Sinne von Tauschobjekten zweifeln kann. Die Regeln der §§ 459 ff. insbesondere passen gar nicht. — Die allgemeinen Regeln des Schuldrechts geben genügend Schutz: der „Käufer" kann auf Erfüllung [11]) klagen, wenn ihm ein „Nichts" geleistet wurde, er hat die Rechte aus den §§ 323 ff. BGB, die Irrtumsanfechtung aus § 119 BGB und, nachdem damit der Vertrag vernichtet worden ist, die Möglichkeit, schon Geleistetes aus den §§ 812 ff. zurückzufordern. — In Zweifelsfällen muß eine vernünftige Vertragsauslegung (§ 242) helfen. — Die Unsicherheit des Wertes des Vertragsgegenstandes und die daraus folgende Gefährlichkeit und Ungewißheit des Vertrags für den Erwerber läßt es als angemessen erscheinen, daß dem Erwerber ein vorheriges Prüfungsrecht des zu erwerbenden Vertragsgegenstandes nach den Umständen zugebilligt wird [12]). — In Einzelfällen, die oben II dargestellt sind, wird auch mitunter ein Arbeitsvertrag vorliegen können.

§ 17. 3. Kauf von Inbegriffen.

Ueber die Kaufverträge über Sach- und Rechtsinbegriffe kann in Kürze hinweggegangen werden; diese sind als universitates zwar Gegenstände, die nicht Sache oder Recht sind, aber die sie bildenden Sachen oder Rechte ergeben ihre wesentliche Struktur, sodaß in Kaufverträgen über Inbegriffe vorwiegend Fragen des Sach- und Rechtskaufs auftauchen werden, die hier nicht interessieren. — Die Möglichkeit des Kaufs von Inbegriffen steht außer Zweifel; vgl. z. B. § 134 Ziff. 1 KO. — Die einzelnen Bestandteile des Inbegriffs werden in der für sie vorgesehenen Form übertragen, mögen es nun Sachen (Eigentum) oder Rechte sein. Der Inbegriff als Ganzes ist lediglich wirtschaftliche Einheit, nicht rechtliche; im Ganzen kann er nicht zu Recht verschafft werden. Aber die

[11]) RG. 82, 158, 159 läßt es dahingestellt.
[12]) Vgl. dazu: Elster in der Anm. z. RG. JW. 1928, 356 Nr. 20.

Inbegriffe sind als wirtschaftliche Einheit nach dem Vertrag tatsächlich zu verschaffen: daraus ergeben sich bei den Kaufverträgen über Inbegriffe Besonderheiten für die Auslegung dieser Verträge, eine Auslegung, die sich im Einzelfall aus der wirtschaftlichen Zweckeinheit der Inbegriffe ergibt.

I. Wenn ein Sachinbegriff verkauft wird, kann es mitunter zweifelhaft sein, auf welche Bestandteile sich der Vertrag erstreckt, insbesondere dann, wenn ein natürlicher Wechsel im Bestand des Inbegriffes stattfindet. Hier soll der Vertrag eben über die Einheit des Sachinbegriffs abgeschlossen werden, ohne Rücksicht auf die innere, vielleicht wechselnde Zusammensetzung [1]. Wird z. B. eine Schafherde verkauft, so können in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Uebergabe ein paar Tiere sterben, einige Lämmer geboren werden. Hier wird man den Vertrag so auffassen müssen, daß nur die lebenden Tiere der Herde vom Vertrag erfaßt sind, — also, falls schon zur Zeit des Kaufabschlusses die dingliche Einigung stattgefunden haben sollte, betreffs der inzwischen weggefallenen oder neu hinzugekommenen Tiere auflösend, bezw. aufschiebend bedingte Einigung anzunehmen haben. — Sind Bücher der verkauften Bibliothek verliehen, so wird der Herausgabeanspruch gegen die Leiher als abgetreten gelten müssen [2]. — Mängelhaftung wegen einzelner mangelhafter Stücke wird im Zweifel nicht anzunehmen sein [3], aber im Einzelfall kann man auch einmal zu einem ganz anderen Ergebnis kommen: eine lädierte (oder fehlende) Briefmarke kann den Wert der ganzen Serie schon in Frage stellen, also u. U. schon völlige Nichterfüllung bedeuten, u. ä.

II. Daß der Kauf von Rechtsinbegriffen [4]) rechtlich möglich ist, geht aus dem Gesetz hervor: z. B. §§ 311, 419 BGB. Für die Auslegung solcher Verträge gilt das oben Gesagte. Außerdem bestehen zum Schutz des Verkäufers gegen Uebereilung die Form-

---

[1]) Hedemann, Schuldrecht § 4, IV.

[2]) H. Lehmann, Allg. Teil § 48 I, 2 b β γ.

[3]) Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2 S. 354; daselbst eingehende Darstellung.

[4]) Vgl. z. B. H. Lehmann, Allg. Teil § 48 I, 2 γ.

vorschriften der §§ 311, 312, II BGB und zu Gunsten der Gläubiger des Verkäufers die Haftungsvorschrift des § 419 BGB.

Für den Erbschaftskauf (§§ 2371 ff. BGB), der nicht mit dem Verkauf des Anteiles eines Miterben am Nachlasse (§§ 2033 ff.) zu verwechseln ist (Rechtskauf), bestehen Spezialvorschriften.

III. Verträge, die ihrem Gegenstande nach nicht Kaufverträge der in Frage stehenden Art sind.

In Kommentaren und Lehrbüchern werden außer den bereits vorhandenen Kaufverträgen über Gegenstände, die nicht Sache oder Recht sind, oft noch weitere Beispiele angeführt, die hierher gehören sollen. Selbst die Protokolle zum BGB zählen im Hauptteil der Arbeit nicht angeführte Beispiele auf. M. E. liegen in diesen Fällen entweder Verträge anderer Art oder gewöhnliche Rechts- und Sachkäufe vor. Weil die Rechtslage bei derartigen Verträgen jedoch zweifelhaft und sehr umstritten ist, ist darauf einzugehen.

§ 18. A) Nummernhandel; Erwerb eines Malzkontingents.

I. Nummernhandel [1]). Der Tatbestand ist folgender: Es wurde in Berlin (übrigens auch in anderen Städten) durch Ortsstatut (Droschken-Ordnung für Groß-Berlin v. 1. 4. 05 in der Fassung v. 2. 8. 1910) ein **numerus clausus** für Droschken festgesetzt. § 32 der Ordnung bestimmte, daß beim Verkauf einer konzessionierten Droschke die „Nummer", die sie auf Grund der (Real-)Konzession erhalten hatte, mit übertragbar sein solle, falls der Erwerber die außerdem nötige Personalkonzession schon hatte.

Das KG. in OLG. 24, 323; 26, 65 und in bei Soergel, a. a. O. zit. Entscheidungen nahm an, es werde hier außer der Droschke eine Macht von Vermögenswert übertragen, die eine tatsächliche, nicht rechtliche, durch die Uebung der Polizeibehörde geschaffene Macht sei. Apt, a. a. O. meinte, Kaufgegenstand sei die Droschke und nebenher laufe eine Verpflichtung zur Herbeiführung der Berichtigung der polizeilichen Listen durch Umschreibung. — Mit

[1]) Dazu: Staudinger II, 2 § 433, V, 2 c mit Lit.; Soergel, BGB. I § 433, I, 5 mit Lit.; Korsch, JW. 1911, 841 u. JW. 1912, 573; Apt, JW. 1912, 271.

Korsch, a. a. O. [2]) muß man m. E. annehmen, daß hier Kaufgegenstand neben dem Droschkenkörper die Realkonzession ist, die sich als subjektiv-öffentliches Recht darstellt [3]). Es liegt also ein kombinierter Sach- und Rechtskauf vor.

II. Malzkontingent [4]). In den Jahren der Kriegswirtschaft wurde durch VO. v. 15. 2. 1915 (RGBl. 97) die Gewerbefreiheit dadurch beschränkt, daß bestimmt wurde, daß die Brauereien nur 60% des in den Jahren 1912 13 durchschnittlich verbrauchten Malzes verbrauchen durften. § 3 d. VO. ließ ausdrücklich die Uebertragung dieses Kontingents zu. Diese beschränkte Gewerbefreiheit ist ebenso wie die unbeschränkte ein subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers gegen den Staat. Solch subjektiv-öffentliches Recht ist insbesondere in dem damaligen grundsätzlich liberalistischen Staat, — wenn diese Grundhaltung damals auch unter dem Druck des Krieges weitestgehende Einschränkung erfuhr, — sehr wohl annehmbar, wird doch dort scharf zwischen den Kompetenzen des Staats und den Kompetenzen des Einzelnen in dualistischer Antithesis unterschieden. Die Rechtsnatur der Gewerbefreiheit ist freilich strittig [5]), doch kann hier nicht näher darauf eingegangen werden.

§ 19. B) Verträge über die Befreiung von Lasten.

Vereinzelt [1]), auch in den Protokollen II, 51 z. BGB, wird die Ablösung einer dinglichen oder persönlichen Last gegen Entgelt als Kauf eines Gegenstandes, der nicht Sache oder Recht sei, bezeichnet. So wie die erstmalige Begründung und die Uebertragung eines Rechts Kaufgegenstand sein könne, könne es auch die Aufhebung eines Rechtes sein. Gekauft werde hier die „Freiheit", die Befreiung von einer Belastung, Verpflichtung.

---

[2]) so a.: Warn. BGB. I § 433, II.

[3]) Vgl. Stier-Somlo unter „Konzessionen" i. HdwB. d. Rechts III, 715 ff. mit Lit.

[4]) Vgl. OLG. 38, 80.

[5]) Vgl. OLG., a. a. O.

[1]) Staudinger II, 2 § 433, V, 2 c; Warn. BGB. I § 433, II; Windscheid-Kipp, Pandekten § 385 Anm. 5; Bayer. OLG. i. Seuff. Bl. 75, 428; vgl. a. d. Ausdrucksweise d. § 133 d. Preuß. Zuständigkeitsgesetzes v. 1. 8. 1883.

Diese „Freiheit" ist offensichtlich kein selbständiges Wirtschaftsgut von Tauschwert. Sie ist überhaupt kein Gegenstand, sondern ein Rechtszustand. — In allen Fällen der Befreiung handelt es sich um Rechtsänderungen innerhalb des schon bestehenden Organismus eines dinglichen oder obligatorischen Rechtsverhältnisses. Dies Rechtsverhältnis wird zum Erlöschen gebracht.

Wie dieses Erlöschen eintritt, ist nach der einzelnen Rechtslage festzustellen. Oft wird einfach erfüllt werden (§§ 362 BGB ff.) — und zwar entweder durch Bewirkung der geschuldeten Leistung oder durch Leistung an Erfüllungsstatt; bei Dauerverpflichtungen (Leibrente) kann erfüllungshalber eine durch einmalige Leistung erfüllbare Ablösungsschuld übernommen werden (§ 364, II BGB), oder es kann eine Novation vorliegen.

Oertmann [2]) erklärt das Erlöschen des Rechtsverhältnisses damit, daß er Kauf des dem Gläubiger gegen den Käufer zustehenden Rechts annimmt, das bei dem Käufer durch Konfusion erlösche. Oertmanns Konstruktion erinnert mit der Annahme eines Rechtskaufs an die gemeinrechtliche Konstruktion von der Bestellung einer Gegenservitut bei der Aufhebung einer Servitut [3]), die dann gegenseitig aufgerechnet wurden.

Bechmann [4]) sagt, es liege in derartigen Fällen ein entgeltlicher Verzicht vor.

Mag man die Befreiung von einer Last auf diese oder jene Art erklären, — ein Kauf eines Gegenstandes, der weder Sache noch Recht ist, liegt auf keinen Fall vor. — Gegen die Auffassung solcher Verträge als Kaufverträge überhaupt ist Bechmann u. a. [5]).

§ 20. C) Hoffnungskauf.

I. Eines der am häufigsten angeführten Beispiele der hierher gehörenden Art, ein auch schon vor dem Gelten des BGB oft behandeltes Problem, ist der „Hoffnungskauf", die emtio spei. Die

[2]) Oertmann, BGB II Vorbem. z. § 433, 1 b, α u. β.

[3]) Bechmann II, 145, der dagegen ist.

[4]) Bechmann II, 145.

[5]) Bechmann II, 144; Siber, Grundriß § 53 Note 3; Crome, System § 212 Anm. 1 a; Adler, Arch. f. ziv. Pr. 109, 321.

emtio spei pflegt dabei im allgemeinen der emtio rei speratae gegenübergestellt zu werden, und zur klaren Herausstellung des Sachverhalts empfiehlt sich dies Verfahren auch hier. — Die emtio rei speratae ist ein reiner Sachkauf, der Kauf einer künftigen Sache. Sie ist ein Kauf, dessen Wirksamwerden von der Entstehung dieser künftigen Sache abhängig ist, also ein bedingter Kauf. Maß und Umfang, in dem die Sache zur Entstehung kommt, ist noch ungewiß. Ein derartiger Vertrag liegt insbesondere gemeinhin vor, wenn wesentliche Bestandteile (§ 93 BGB) für den Fall der Trennung von der Hauptsache zum Kaufgegenstand gemacht werden [1]), etwa Früchte auf dem Halm, stehendes Holz [2]), ein Haus auf Abbruch [3]). Solch Kauf ist unbedenklich zulässig.

Es wird nun oft weitergehend gesagt, daß es auch möglich sei, daß ein unbedingter Kauf vorliege, obgleich eine künftige Sache der Kaufgegenstand ist, nämlich dann, wenn der Käufer unabhängig von der Entstehung der Sache zur Preiszahlung verpflichtet sei. Ein historisches Beispiel ist der captus piscium, der Fischzug: Es wird dem auf die See hinausfahrenden Fischer eine bestimmte Summe Geldes versprochen; als Gegenwert dafür soll der Versprecher den erlangten Fang bekommen, — gegebenenfalls, wenn der Fischer mit leeren Netzen zurückkommt, — garnichts. Da ein Kauf ohne das essentiale „Kaufgegenstand" nicht denkbar ist, der Vertrag aber auch bei etwaigem Fehlen eine Ausbeute gültig sein soll, können in einem solchen Falle die Fische nicht Kaufgegenstand sein. In Anlehnung an römische Quellen [4]) vertrat und vertritt deshalb ein großer Teil der Literatur die Meinung, daß hier nicht das Fangergebnis, die Fische, Kaufgegenstand seien, sondern die Hoffnung, spes, alea [5]). Und zwar sei das nicht die subjektive Hoffnung des

[1]) Vgl. Planck II, 2 § 433 Anm. 3.
[2]) z. B. RG. 60, 317.
[3]) RG. 62, 135; OLG. 20, 167.
[4]) z. B. Digesten 18. 1. 8. 1.
[5]) Ennecc.-Lehmann, Schuldr. § 101, II, 3 b; Staudinger II, 2, § 433, I, 1 b; Oertmann II, 2 Vorbem. v. § 433 Anm. 1 b γ; Ehrenb. Hdb. IV, 2, 358 ff. mit Lit.; Titze, Schuldr. § 41, II; Crome, System § 212 Anm. 1 b; Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 § 169, IV; Staub III Vorbem. v. § 373 Anm. 55; Dür.-Hachenb. V, 1, Einl. z. §§ 373 ff. Anm. 4 u. 49 a mit Lit.; Kuchenbaecker, Diss. 4 ff.; RG. 77, 344 läßt es dahingestellt. Für das Gemeine Recht: Dernb. Pand. II § 94, II, 1.

Versprechers, sondern etwas „viel Materielleres", die objektivierte Aussicht, die „Chance", das „eventuelle Forderungsrecht" [6]). Diese Chance sei ein unkörperliches Gut ebenso wie die andern unkörperlichen Güter [7]). — Sachkauf kann also nicht vorliegen [8]), denn sonst würde gegebenenfalls eine unmögliche venditio sine re vorliegen. Die Gefahr der Nichtentstehung kann aber auch nicht vor Begründung des Kaufvertrags, die ja vom Entstehen der Sache abhängig ist, übernommen werden; das wäre eine einfache Umgehung des Satzes: Nulla venditio sine re [9]).

II. Die „objektivierte Hoffnung" soll also Vertragsgegenstand sein. Daß diese Hoffnung irgendwie objektiviert, vergegenständlicht sei, ist m. E. nicht bewiesen. — Man muß hier natürlich von den Fällen absehen, wo schon ein Anwartschaftsrecht, also ein Recht, vorliegt; ein Recht, das eine Entwicklungsstufe zu einem vollständigen Recht darstellt. Hier fehlt nur noch ein „Wirksamkeitserfordernis" des Rechts, im übrigen sind alle Entstehungsgrundtatsachen schon vorhanden [10]). Bei der spes fehlen aber noch alle diese Grundtatsachen des künftigen Rechts (Eigentums); es ist lediglich eine Aussicht auf seine Entstehung vorhanden. — Oertmann, a. a. O. sagt, natürlich müsse die Gewinnaussicht eine „objektivierte Grundlage in den getroffenen Anstalten" haben. Das ist einmal unklar und paßt auch nicht für alle Beispiele, die unter der emtio spei aufgezählt zu werden pflegen, insbesondere nicht beim Kauf einer Erbschaft, deren Passiva nicht feststehen [11]). — Außer der „Anwartschaft" noch ein „Wartrecht" zu konstruieren, wie Semeka [12]) dies tut, um die emtio spei zu halten, würde ins Uferlose führen. Man würde dann schließlich alle gewagten Geschäfte in einen

---

6) Braun, Diss. 15.

7) z. B. Jung, BGB. § 189.

8) Trotzdem dafür: Planck II § 433 Anm. 3 mit Einschränkungen; Soergel BGB. I Vorbem. z. § 433 Anm. 3 d; Endemann BGB. § 158 Anm. 3 c.

9) Vgl. Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 358 geg. Endem. a. a. O.

10) Oertmann, Jur. Rundsch. 1934, 37 ff., ibs. 39, Anm. 13.

11) Dies Beispiel bei Kuchenbaecker, Diss. 50.

12) Semeka, Arch. f. bürgerl. Recht 35, 124; dagegen: Oertm. Ehrenb. Hdb. IV, 2, 358.

Hoffnungskauf umdeuten können [13]. — Und weiter, warum wird diese „objektivierte Hoffnung" immer nur dann als Kaufgegenstand angenommen, wenn künftige Sachen (Eigentum) oder Rechte den erhofften Vorteil bilden? Logischerweise müßte doch auch die Hoffnung auf Erlangung von irgendetwas, z. B. einer Vertragsofferte, den Vertragsgegenstand bilden können [14]); aber soweit geht mit Recht keine Ansicht. — Und weiter: Der Kauf soll seinem wirtschaftlichen Inhalt nach endgültig Wirtschaftsgüter übermitteln; die Hoffnung ist doch aber nur etwas innerhalb des Vertrags Vorhandenes; endgültig wird da nichts verschafft. — Und endlich: ist denn dei „Hoffnung" übertragbar? Es ist doch höchstens denkbar, daß bei noch schwebender Ungewißheit der Anspruch auf den erhofften Gewinnst abgetreten wird. Die Hoffnung selbst ist doch kein Tauschgegenstand von Vermögenswert.

III. Mag trotz dieser Bedenken einmal unterstellt werden, daß solche „objektivierte Hoffnung" denkbar ist: verkörpert sie wirklich den wirtschaftlichen Erfolg des „Kaufes", wie es der Kaufgegenstand sonst tut? Liegt denn dem Käufer daran, die „Chance" übertragen zu bekommen? Oder auch, wenn die Chance sich, nach mancher Ansicht, — logisch kaum erklärlich, — zu einem Forderungsrecht verdichtet oder durch solches Recht surrogiert werde, falls der Fischzug erfolgreich war, — ist der „Käufer" mit diesem Forderungsrecht zufrieden, oder will er nicht nach dem Vertrage gleich Eigentum an den Fischen übertragen bekommen? Oertmann [15]) meint, die gefangenen Fische seien Surrogat der spes geworden und deshalb sei es möglich, sie herauszuverlangen; aber logischerweise müßte man dann auch sagen, daß, wenn nichts gefangen würde, das Surrogat Nichts ist; dann wäre wieder kein Vertragsgegenstand da.

Und auch wenn man mit gutem Wellen die positiven Kaufregeln auf den „Hoffnungskauf" anwenden wollte: ist auch nur eine Regel anwendbar? Gefahrübergang [16]), Mängelhaftung [17]), oder

---

[13]) Vgl. Leonhard, Schuldr. II, 2, 5; Endemann BGB. § 158, 3 c.

[14]) Leonhard II, 2, 7.

[15]) Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 360.

[16]) Vgl. Kuchenbaecker, Diss. 37 ff.

[17]) Vgl. Kuchenbaecker, Diss. 46 ff.

auch nur die Zinsvorschrift des § 452 BGB? — Mitunter wird gesagt, daß die Mängelhaftung bezüglich der gefangenen Fische nach der aleatorischen Natur des Vertrags ausgeschlossen sei, aber wohl grundsätzlich immerhin denkbar sei [18]); dieser ganze Gedankengang ist aber logisch unrichtig, denn Vertragsgegenstand sollen ja gar nicht die Fische, sondern die spes sein.

IV. Aus alledem geht hervor, daß man einen „Hoffnungskauf" als eine besondere Kaufart nicht annehmen kann. Es liegt, — vorausgesetzt, daß der Vertrag wirklich als unbedingter gewollt ist, was sorgfältigst zu prüfen ist, — überhaupt kein Kauf vor. Vertragsgegenstände sind nach dem Parteiwillen doch immer die zu erlangenden Rechte; weil sie aber ganz fehlen können, kann ein Kauf nicht angenommen werden. Es fehlt an der für Kaufverträge wesentlichen Gegenseitigkeit [19]). Man wird in derartigen Fällen Vertragstypen direkt oder analog heranziehen müssen, die dem juristischen und wirtschaftlichen Wesen der Sache mehr gerecht werden [20]). Beim captus piscium z. B. ist einfach ein Arbeitsvertrag anzunehmen.

Der aleatorische Charakter aller derartigen Verträge, die als „Hoffnungskauf" bezeichnet werden, ist nicht zu verkennen; oft wird die Entstehung des Vertragsgegenstandes dermaßen vom Zufall abhängig sein, daß man Spiel oder Wette annehmen muß. Dies wird dann der Fall sein, wenn „das aleatorische Moment derart überwiegt, daß jede Schätzung, Berechnung, Erfahrung usw. versagt, und wegen des zutagetretenden mangelnden Wirtschaftsernstes ein Rechtsschutzinteresse nicht vorliegt" [21]). Das ist im Einzelfall unter Würdigung der Umstände festzustellen. Dann wäre gegebenenfalls auch Unklagbarkeit anzunehmen (nach § 762 BGB).

Oft werden auch versicherungsähnliche Verträge [22]) vorliegen; es soll auf den „Käufer" gegen eine Prämie Gewinnchance

[18]) Vgl. z. B. Matthiaß, BGB. § 103, II, A.

[19]) Vgl. v. Blume, Krit. VJschr. 40, 37; Leonh., Schuldr. II, 2, 8; Planck BGB. II, 2 § 433 Anm. 3; auch Siber, Schuldr. § 50, I, 2 a, α.

[20]) Vgl. a. Mot. II, 320.

[21]) Kuchenbaecker, Diss. 48.

[22]) v. Blume, a. a. O., 38.

und Risiko, zwar nicht juristisch, aber wirtschaftlich übertragen werden.

V. Es seien jetzt einige der häufigsten Beispiele der emtio spei zusammengestellt, mit Hinweisen dahin, wie diese Verträge m. E. nach ihrem Inhalt und wirtschaftlichen Zweck juristisch aufzufassen sind.

Der „Fischzug" wird meist, wie schon gesagt, ein Arbeitsvertrag [23]) sein. Es kann jedoch die Abhängigkeit des Ergebnisses vom Zufall so groß sein, daß der Vertrag Spielcharakter hat; so z. B., wenn der Versprechende in keiner Weise über den Fischreichtum des Sees, die Geschicklichkeit des Fischers orientiert ist. Nach der Lage des Einzelfalles kann auch ein versicherungsähnlicher Vertrag vorliegen. — Die „Kundschaft" ist, wie oben dargelegt, ein unselbständiger, unkörperlicher Organisationsbestandteil; sie ist als solcher ebenso „faktischer Vorteil" wie das Unternehmen selbst [24]).

Der Loskauf [25]) ist m. E. ein wirkliches Spiel [26]), das durch positive gesetzliche Vorschriften klagbar gemacht ist, weil die staatliche Mitwirkung (Genehmigung) derartigen vom Gesetz an sich nicht gern gesehenen Verträgen das Odium genommen hat, das für gewöhnlich die Unklagbarkeit solcher Verträge zur Folge hat.

Kauf einer Erbschaft [27]), bei welcher das Vorhandensein realer Werte zweifelhaft ist, ist gewöhnlicher Erbschaftskauf mit der beschränkten Gewährleistungshaftung des Erbschaftsverkäufers nach § 2376 BGB.

---

[23]) Für Arbeitsvertrag: Endemann, BGB. § 158 Anm. 3 c; Cosack, BGB. I § 182, II, 1 b.

[24]) Vgl. Kuchenbaecker, Diss. 50; die Kundschaft vergleicht mit der spes z. B. Oertmann II, 2 Vorbem. v. § 433 Anm. 1 b γ; die ärztl. Praxis: Kuhlenbeck, JW. 1902, 646; Fromme, Entgeltl. Uebertragungen, in: „Berliner Klinik" 1906, S. 3 ff. Heft 215.

[25]) Anderer Auffassung: Rechtskauf: Leonh. II, 2, 7; Oertmann, Ehrenb. Hdb. IV, 2, 359 Anm. 27: „An sich Wertpapierkauf".

[26]) a. A.: Kuchenbaecker, Diss. 52.

[27]) Beispiel bei Kuchenbaecker, Diss. 50.

Kauf einer Sache in Kenntnis des Mangels im Rechte [28]) hat nur zur Folge, daß der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat (§ 439 BGB), ist aber nicht emtio spei.

Kauf eines gesunkenen Schiffes mit oder ohne Ladung [29]) ist gewagter Sachkauf, wo Uebergabe ausgeschlossen ist und die Gewährleistungspflicht dahin beschränkt ist, daß der Käufer in der Ausnutzung der Verwertungsmöglichkeit nicht durch berechtigte Ansprüche Dritter gestört werde (§ 440 BGB).

OLG. Recht 1918 Nr. 573 nahm beim Kauf eines Gerstenbezugsrechts, das dann später nicht beliefert wurde, Hoffnungskauf an; m. E. ist, wie schon der Name des Vertrages besagt, ein Recht verkauft worden und zwar ein subjektiv öffentliches Recht. Zwar geht dies Recht gegen den Staat nicht auf Belieferung, ein konkreter Anspruch darauf braucht bei der Kontingentsfestsetzung nicht gegeben zu werden. Aber das Recht geht dahin, daß bei der Kontingentierung (objektive Rechtssetzung) überhaupt, — unter Berücksichtigung der gesetzlich gegebenen Voraussetzungen —, auch auf das in Frage stehende Bezugsrecht, — positiv oder negativ, — eingegangen werde. — Ein rechtskaufähnlicher Vertrag läge auch vor, wenn man das verkaufte Bezugsrecht lediglich als einen Reflex des objektiven Rechts ansähe. — Der Fall ist rechtsähnlich dem der Uebertragung eines Malzkontingents (vgl. ob. § 18, II d. Arb.).

VI. Die Konstruktion eines Hoffnungskaufes läßt sich, wie diese Beispiele zeigen, also durchaus vermeiden. Es ist sogar zu fordern, daß diese Konstruktion vermieden wird, denn sie könnte vielfach dazu dienen, um die durch Spielabsicht oder wucherische Spekulationen hervorgerufenen Bedenken zu beseitigen, das gefährliche und verwerfliche Wesen der Sachlage durch solche Mäntelchen als unschädlich und sogar als ethisch wertvoll zu kennzeichnen [30]).

---

28) RG. 88, 167.

29) Staub III, Vorbem. v. § 373 Anm. 55.

30) Vgl. Endemann, BGB. § 158 Anm. 3 c.

Zusammenfassung.

Die Untersuchungen haben ergeben, daß neben den Sachen und Rechten für den Kaufvertrag, wie er im Gesetz geregelt ist, nur noch ganz wenige Gegenstände des Tauschverkehrs in Frage kommen: von Wichtigkeit sind nur die Elektrizität und das Unternehmen. — Der Austausch anderer Güter bringt so viel Besonderheiten mit sich, daß man ihn nicht mehr als Kaufvertrag bezeichnen kann; man wird vielmehr annehmen müssen, daß hier Verträge eigener Art vorliegen.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Jung noch einmal meinen besonderen Dank für die Anregung des Dissertationsthemas ausdrücken.

Ich, Gerhard Nicolai, wurde am 4. April 1910 in Berlin als Sohn des damaligen Abteilungsvorstehers der Staatl. Porzellan-Manufaktur Berlin, jetzigen Handelsdirektors i. R. der Staatl. Porzellan-Manufaktur Meißen, und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Ulner, geboren. Ich besuchte die folgenden Schulen: die Vorschule der Hindenburg-Oberrealschule in Berlin-Wilmersdorf, das Treitschke-Realgymnasium in Berlin-Wilmersdorf bis zur Quarta und das Franziskaneum (Realgymnasium) in Meißen (Sachsen), wo ich 1929 die Reifeprüfung bestand. Nach einem ersten Semester Altphilologie und Sport in Leipzig entschloß ich mich zum Studium der Rechtswissenschaften. Ich studierte in Berlin und in Marburg (Sommersemester 1931 und Wintersemester 1933/34). Mit Genehmigung der Fakultät promovierte ich in Marburg, ohne daß ich zuvor die erste Staatsprüfung abgelegt habe. Am 24. Juli 1934 bestand ich die mündliche Doktorprüfung (Rigorosum).